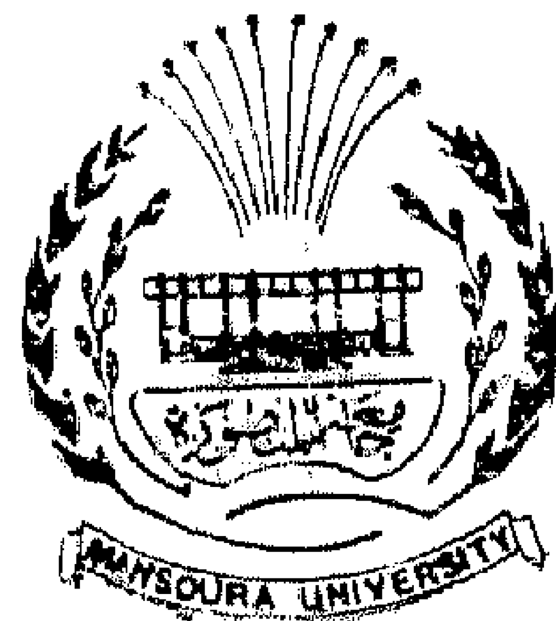
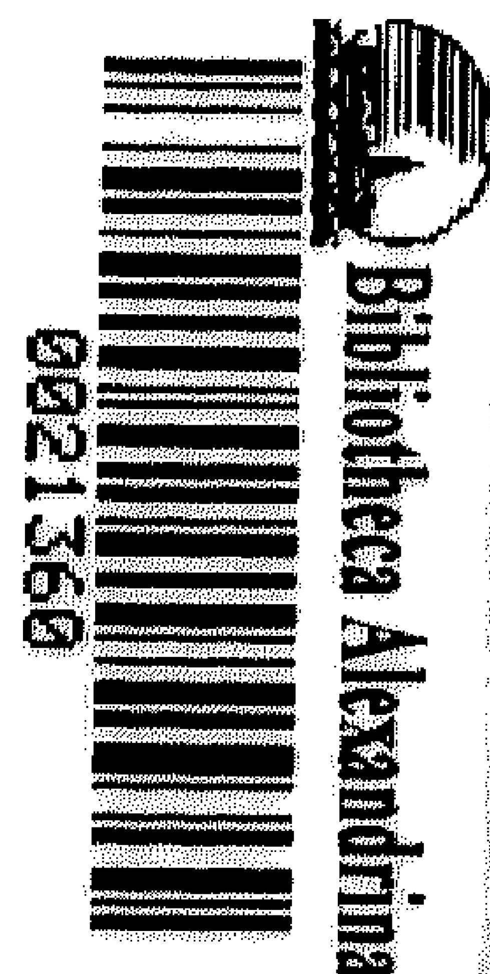


٢٣ مجموعة البحوث
القانونية والاقتصادية

السكوت

ودلالته على الأحكام الشرعية

للدكتور
رمضان علي السيد الشرنباصي
أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد
كلية الحقوق — جامعة المنصورة



ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي



جامعة المنصورة
كلية الحقوق ـــ قسم الشريعة

السكوت

ودلالته على الأحكام الشرعية

للدكتور
رمضان علي السيد الشرنباصي
أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

دار الاتحاد العربي للطباعة
لصاحبها: محمد عبد الرازق
١٢ كنيسة الأرمن ش الجيش
تليفون : ٩٨ ٩٣٤

إهـــداء

إلى الفقهاء الذين أفنوا ليلهم ونهارهم وقدموا كل نفيس وغال ابتغاء مرضاة الله وإعلاء كلمته .

إلى علمائنا الذين ضحوا بكل متع الحياة جرياً على نسق السابقين من السلف .

أقدم هذا البحث الذى هو أثر من آثارهم الخالدة الذى ليس لى فيه إلا صياغته بعد جمع معادنه من حواضر العلم وبواديه واستهلام فقهه من ألسنتهم ومقالاتهم وكتبهم فجزاهم الله عن العلم وطالبيه خير الجزاء ..

المؤلف

« إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العـدل الذى قامت به السموات والأرض فإذا ظهرت أمارات الحق وقامت أدلته بأى طريق كان فذلك من شرع الله ودينه ورضاه وأمره » .

ابن القيم

إلهـــى ..

أسألك العلم بشريعتك والهدى بها والدعوة إليهـــا فهى صلاح النفس من داخلها . وصلاحها فى خارجهـــا . وهى الطريق إلى السعادة فى الدارسين ...

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

وتتناول :-

(ا) سبب اختيار موضوع البحث .

(ب) خطة البحث .

(جـ) تعريف السكوت .

(د) أقسام السكوت .

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ، وعلى آله ، وصحبه أجمعين . ورحمة الله وبركاته على أسلافنا من العلماء ، والفقهاء ، والمفكرين ، الذين لم يتركوا شاردة . . ولا واردة . . ولا خاطرة . . في المعاملات الإنسانية إلا وقننوها ، ووصفوا لها أحكاما مستمدة من كتاب الله ، وسنة رسوله ، وفقه الصحابة والتابعين .

وبعد ...

فلقد اتجهت إلى الكتابة في موضوع (السكوت . . وأثره على الأحكام الشرعية) . . للرد على خصوم الإسلام من المستشرقين ، وعلى بعض المستغربين من المسلمين ، الذين يدعون أن الفقه الإسلامي بني على (جزئيات) ، وأنه لم يدون على هيئة (نظريات) أو (قواعد عامة) — كما هو الشأن في التشريعات الوضعية . . ومن هنا كانت الاستفادة منه — في زعمهم ، قليلة ، وشاقة ، حيث أن أحكامه جاءت مبثوثة في الكتب — هنا وهناك ، وتجرى في طرق وعرة ، وملتوية . .

ويدعي هؤلاء ... وهؤلاء ... أن التشريعات الوضعية — وإن كانت في بداية أمرها — بنيت على (الجزئيات) ... إلا أن واضعيها ، والمشتغلين بها

قد أرجعوها فى نهاية أمرها ، إلى قواعد ونظريات عامة ، وعلى هذا جاءت الدراسة فيها — كما زعموا — سهلة ، ومجدية .

ونقول لهؤلاء جميعا : - إن الفقهاء المسلمين لم يهملوا هذا الجانب ، بل إن الفقهاء المجتهدين — فى العصور الأولى — كان عمادهم فى الاستنباط — فى غالب الأحوال — هو القواعد العامة ... وكان كل فقيه من هؤلاء يتتبع النصوص الواردة فى نوع واحد من الأحكام ، ويستخلص منها (قاعدة عامة) يطبقها على الوقائع الجزئية ...

حتى إن بعضهم كان يحكم هذه القواعد فيما وصل إليه من الأحاديث النبوية — كما يروى — فى ذلك — عن أبى حنيفة رضى الله عنه .

ثم إنه عند تطبيق هذه القواعد — قد يجد الواحد منهم أن تطبيق قاعدة بذاتها — فى موضع معين ، يترتب عليه حرج ومشقة ، فيعدل عن هذا التطبيق ، ويلجأ إلى قاعدة أخرى يطبقها .

ومن هنا نشأت (قاعدة الاستحسان) الذى عمل به الحنفية ، والمالكية ، بصورة واضحة ... وكذا قاعدة (رفع الحرج) ... وغيرهما من القواعد .

وهذا النوع من القواعد بدأ تدوينه فى عصر الأئمة . . ولقد صرح بهذا الإمام القرافى مشيراً إلى نوعين للقواعد . فى الفقه الإسلامى — فقال : - (إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول ، وفروع ... وأصولها قسمان : -

أحدهما : المسمى (أصول الفقه) ، وهو — فى غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام ، الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة ... وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ ، والترجيح ... ونحو الأمر للوجوب . . . والنهى للتحريم ... إلخ .

والقسم الثانى : قواعد كلية فقهية جليلة ، كثيرة العدد ، عظيمة المدد ، مشتملة على أسرار التشريع ، وحكمه ، ولكل قاعدة من الفروع فى الشريعة مالا يحصى .

ولم يذكر منها شيء فى أصول الفقه . . وإن كان يشار إليها هناك . على سبيل الإجمال ، ويبقى تفصيله لم يتحصل .

وهذه القواعد مهمة فى الفقه ، عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقه ، ويشرف ، ويظهر رونق الفقه ويعرف ... ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية — دون القواعد الكلية — تناقضت عليه الفروع ، واختلفت — واحتاج إلى حفظ الجزئيات ، والتى لا تتناهى — ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها فى الكليات ... واتحد عنده ماتناقض عند غيره وتناسب[١] .

ومن هنا نعـــلم أن القرافى يريد أن يقول . إن تقعيد القواعد ، يسهل عمل الفقيه ... وأن الاشتغال به أعظم فائدة من الاشتغال بالفروع الجزئية .

وليس الإمام القرافى — بهـذا العمل له ميزة السبق — وحده فى استنباط القواعد . . بل لقد قام بهـــذا العمل — من قبله — الشيخ : عز الدين ابن عبدالسلام . ، الشافعى ، فألف كتابا فى القواعد العامة ، سماه : (قواعد الأحكام فى مصالح الأنام) .

ثم توالى هذا العمل ، وتتابع على يد عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ، فألف كتابه (القواعد) . . ثم يجيء بعد هؤلاء : التاج السبكى .. والجلال السيوطى .. الشافعيان ، ويؤلف كل منهما كتابه : « الأشباه والنظائر » . . . ثم تتابع الزمن حتى جاء — فى القرن العاشر الهجرى — زين العابدين إبراهيم بن نجيم المصرى الحنفى ، وألف كتابه : « الأشباه والنظائر » جمع فيه خمسا وعشرين قاعدة ، وجعلها نوعين : قواعد أساسية ... وهى ستة — وباقيها أقل منها إتساعا — وهى تسع عشرة قاعدة .

وأخيراً يقول عالم من علماء الحنابلة ، وهو الشيخ محمد حسن الشطى —

---

(١) انظر الفروق للقرافى ط ١ ص ٢ — ٣ طبعة دار المعرفة ببيروت

المولود فى دمشق عام ١٢٤٨ هـ : (إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية — كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وقد أوصلها فقهاء الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة . ! !) .

هذه بعض خطوات خطاها فقهاؤنا القدامى — فى هذا الطريق ...

وعلى أية حال — فإنى لا أتهم الفقهاء بالتقصير — فى هذا الميدان . لأن ذلك كان يرجع لعوامل خارجة عن مقدورهم : منها . . عدم تشجيع الولاة لهم إلا فى أوقات نادرة من الزمن ... وأن الاهمال قد أصاب الفقه الإسلامى نتيجة الاستعمار الذى ابتليت به الأقطار الإسلامية ... وقد تسبب — عن هذا — أن حلت التشريعات الوضعية محل الفقه الإسلامى ، وهذا شيء يضعف العزائم ، ويوهن الهمم ! !

إلا أنه ينبغى أن يقال — إحقاقا للحق — أن أنظار الباحثين الإسلاميين فى العصر الحديث — قد اتجهت إلى إظهار النظريات العامة فى الفقه الإسلامى ، ودراستها ، (كنظرية العقد .. والملك ... والمال ... والتعسف فى استعمال الحق) — وغير ذلك .

ولا زالت الجهود التى تبذل — فى هذا السبيل — مستمرة . وها أنذا — اليوم — أقوم بتلك المحاولة ، لأجمع شتات هذا الموضوع ، المبعثر ، والمبثوث فى كتب الفقه المتفرقة ... وهو موضوع من الموضوعات غير الممهدة الطريق ، أو المعبدة المذللة للباحث ، لأشعر بأنى قد أضفت جديداً ، واستخرجت بمجهودى الخاص ما لم يسبقنى إليه باحث .

لذلك عمدت إلى أن أبرز هذاا الموضوع ، وأن أجمع ما تصل إليه طاقتى من دراسات للفقهاء ، والأصوليين ... محاولا بذلك تأصيل الموضوع وجعله فى وحدة تجمع شتاته ، وتظهره بوضوح يليق بأهميته .

ويعلم الله وحده أنى فتشت فى طيات السكوت وسبرت غوره فوجدته صعب المورد متعدد النواحى كثير الشعاب . لأن اجتلاء أمره محتاج إلى البحث عن معناه

وتقسيماته وهل يصلح دليلا على الأحكام أم لا ؟ وهل يصلح تعبيراً عن الإرادة أم لا ؟ وهل يرتب عليه الشارع أثراً شرعيا فى بعض الأحيان أم لا ؟

بحوث ما أكثرها وما أشدها تعقيداً على عزة مصادرها والصعوبة فى استنباطها من مظانها وانتشارها فى بطون الكتب المختلفة وثنايا مسائل التشريع المبعثرة لأن أحداً على حد علمى لم يجمع ولم يتصدر للكتابة فى هذا الموضوع اللهم إلا ما ورد فى كتابى الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى والسيوطى الشافعى (على سبيل جمع الفروع فقط وتأصيل قاعدته) . الأمر الذى دعانى إلى البحث فى هذا الموضوع بشىء من الإفاضة . مما يقدم لى العذر عند القارىء الكريم إن أحس ببعض الإطالة ومهما يكن من شىء فانى لم أقل فى هذا الموضوع كلمته الأخيرة فان أك قد أصبت فى شىء منه فما توفيقى إلا بالله وإن أك قد أخطأت أو قصرت فأرجوا أن أكون قد وفقت إلى إثارة الناقدين إلى نقده وتصحيح خطأه وحملت الباحثين على توسيع مباحثه .

اللهم اجعله خالصا لوجهك الكريم . ووفق المصلحين من هذه الأمة إلى نصرة صراطك المستقيم . وثبتنا بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة . وهذا وبالله التوفيق .

منهج البحث

مقـــــدمة

هذا ... وقد قسمت الموضوع إلى ثلاثة أقسام وخاتمة .

أما المقدمة فتتضمن :

(ا) سبب اختيارى لهذا البحث .

(ب) تعريف السكوت والمقارنة بينه وبين غيره .

(ج) تقسيم السكوت .

أما الأقسام الثلاثة فهى :

القسم الأول : فهو فى السكوت ودلالته على الأحكام ، ويتضمن المباحث الآتية :

المبحث الأول : دلالة السكوت على الأحكام فى السنة ويتكون هذا المبحث من مطلبين .

المطلب الأول : السنة التقريرية ودلالتها على الأحكام :

المطلب الثانى : السكوت ودلالته على الأحكام فى السنة .

المبحث الثانى : حكم الأشياء المسكوت عنها .

المبحث الثالث : الاجماع السكوتى .

المبحث الرابع : السكوت وأثره فى العرف .

القسم الثانى : فى السكوت الواجب والمحظور ، والسكوت لعذر .

أما القسم الثالث : فهو فى السكوت والتصرف ويتضمن المباحث الآتية :

السكوت والتعبير عن الإرادة .

السكوت والإجازة .

هل السكوت يعتبر إذنا فى التصرف .

هل السكوت يعتبر إبراء من الحقوق

السكوت والاسقاط

هل السكوت يعتبر اقرارا ؟

السكوت الذى يعتبر تدليسا .

السكوت والصلح .

السكوت والوديعة .

السكوت والشفقة

السكوت والقرعة .

السكوت والشاهد .

أما الخاتمة : فهى فى ما توصلت إليه من نتائج .

تعريف السكوت

السكوت فى اللغة : جاء فى أساس البلاغـــة للزمخشرى : (رجل سكوت ، وساكوت ، وسكيت ... وبه سكات — إذا كان طويل السكوت من علة[1] - .

وفى المعجم الوسيط : سكت سكوتاً ، وسكاتاً ... صمت وقطع الكلام ، وتركه[2] .

وجاء فى مختار الصحـاح : سكت سكوتاً ، وسكاتاً ... وسكت الغضب : سكن - والسكتة (بضم السين) كل شيء أسكت به صبياً ، أو غيره والسكيت، والساكوت : الدائم السكوت ... والسكيت — بوزن الكميت — آخر خيل الحلبة[3] .

وعلى هذا يمكن أن نقول : إن السكوت — فى عرف اللغويين — مختص (بترك الكلام) .

أما السكوت عند الفقهاء — فيعرف بأنه حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ ، أو إشارة ، أو فعل شيء ينبيء عن الإرادة ، ويدل عليها[4] .

موازنة بين السكوت وغيره من وسائل التعبير الأخرى :

أولا : السكوت سلوك سلبي محض ... يتمثل فى عدم الاعتراض على ما صدر من الطرف الآخر .

ثانياً : السكوت لا يدل بذاته — على شيء ما ، وإنما يستفاد منه الرضا ،

---

(١) أنظر أساس البلاغة للزمخشرى جـ ص .
(٢) أنظر المعجم الوسيط جـ ١ ص ٤٤٠ طبعة ١٩٦٠ .
(٣) أنظر مختار الصحاح مادة س . ك . ن .
(٤) تفسيـــر المنار المجلد الخامس ص ١٨٤ تفسير القرطبى جـ ٧ ص ٢٩٠ وهما طبع الهيئة العامة للكتاب .

أو عدمه من الظروف الملابسة ، والقرائن المحيطة ، ودلائل الأحوال ... وأحياناً يستفاد ذلك من العرف السائد بين الناس ... ومن هنا قيلت العبارة المشهورة : (لا ينسب لساكت قول) .

ثالثاً : دلالة السكوت — على الموافقة — احتمالية ؛ لأنه قد يكون نتيجة عدم الانتباه ... أو الشرود ... أو عدم الاكتراث ، أو للتفكير فى عاقبة الأمر ، قبل الموافقة الصريحة عليه .

وقد يسكت الطرف الطرف الآخر لرضاه بما حدث — كسكوت البكر حين يشاورها أبوها فى أمر زواجها .

رابعاً : دلالة السكوت - على الرضا والموافقة ، أو على الإنكار والرفض - ليست متساوية ... بل إن دلالته على الرفض أقوى ؛ ولذلك وردت العبارة المشهورة — عن الشافعى — رضى الله عنه (لا ينسب لساكت قول) أى قبول ... فالشخص الساكت لا يفسر سكوته (بالموافقة) ؛ لأنه — فى الحقيقة — قد لا يكون راضياً ، فيكون قد ألزم بما لا يقصد الالتزام به !! بخلاف حمله على عدم الموافقة ؛ فإنه أحوط ... لإمكان التدارك بقبول صريح ... ولا يتأتى مثل ذلك فى الحالة الأولى .

ثم إنه لو كان الساكت قاصداً الالتزام — حقيقة — لصرح بما يفيد ذلك عندما يوجه إليه الإيجاب[1] .

ومن هنا جرى على لسان الفقهاء قولهم : (لا ينسب لساكت قول) .

ومعنى هذه القاعدة ... أن الشخص الساكت الذى لم يصدر منه فعل ، يدل على رضاه ، أو عدم رضاه ... لا نستطيع أن نترجم سكوته هذا — بموافقة

---

(١) أنظر — فى هذا — التعبير عن الارادة المنفردة للدكتور وحيد الدين سوار ص ٢٣٠ والاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦١ ، والالتزامات وما يتعلق بها للشيخ أحمد ابراهيم ص ٧٥ .

أو عدمها ؛ لأن (الإرادة) أمر باطن ، وشيء خفي لا يظهر إلا بأمر خارجي ، يدل عليه ، والسكوت المجرد لا يستفاد منه ذلك .

ومن أجل هذا لم يفرق الشافعي - رضي الله عنه - بين السكوت، والأفعال (المعاطاة) ... فلم يعتبرهما صالحين للتعبير عن إرادة المتعاقد ؛ لأنهما تعبيران احتماليان ، لا يفيدان إلا الظن ؛ ولذا فإنهما يؤولان على أكثر من معنى .

وما كان هذا شأنه ... فإنه لا يصح التعاقد به ... فالمعاطاة كما تحتمل البيع تحتمل غيره من أنواع المعاوضات ... وفي عقود التبرعات يحتمل (الإعطاء) الحفظ ... كما يتحمل الإعطاء على سبيل الهدية ، أو الصدقة ، أو الهبة .

وأما السكوت ... فهو كما يكون دليلا على الموافقة يكون كذلك - دليلا على عدمها ... كما أنه قد يكون نتيجة الاستغراب لهذا التصرف !! أو قلة الاكتراث ، وعدم الاهتمام به[١] .

ومن كل ما تقدم نستطيع أن نقرر : أن القاعدة العامة هي عدم التعويل على مجرد السكوت - في الاستدلال على الرضا ... ولكن يستثنى من ذلك السكوت الذي صاحبته قرائن ، أو أحاطت به ملابسات تجعل دلالته على الرضا أقوى من دلالته على عدمه ... فهذا النوع من السكوت يكون دالا على الموافقة ، ويصلح انعقاد العقد به ... كغيره من الوسائل الأخرى ... وإنما يعتد بالسكوت إذا لم يعارض بالصريح، فإن وجد تعارض بينهما كان الصريح هو المعول عليه[٢].

---

(١) أنظر : معين الحكام للطرابلسي ص ١٥٠ .

(٢) أنظر : البدائع جـ ٢ ص ٢٤٠ ، وشرح مجلة الاحكام العدلية للمحاسني ص ١٣٣ .

أقسام السكوت

أرجعت جميع الفروع الواردة ، والمسائل المثبتة — فى بحثى هذا — إلى الأقسام الآتيه :

القسم الأول : السكوت الذى يكون فى حكم النطق ... وذلك بأن يدل النطق على حكم المسكوت عنه ؛ لكونه لازما لملزوم مذكور، كقول تعالى : (فإن لم يكن له ولد ، وورثه أبواه — فلأمه الثلث)(١) .

فإن صدر الكلام وهو قوله : (وورثه أبواه) أوجب شركتهما فى الميراث من غير بيان نصيب كل منهما ... فتخصيص الأم (بالثلث) صار بيانا لكون الأب يستحق الباقى — وهو الثلثان — مع أنه مسكوت عنه .

فكأنه قال : فلأمه الثلث ، ولأبيه الثلثان ، وطوى ذكره إيجازاً ، للعلم به ، لأنه معلوم بداهة ، ولازم لتخصيص الأم بالثلث المذكور بالضرورة وإذا لم ينحصر إرثه فى الثلثين بقى نصيب الأب مجهولا ... وسياق النص يأبى هذا التجاهل ؛ لأن بيان نصيب أحد الشريكين بيان لنصيب الآخر بالضرورة .

وهذا البيان لم يحصل بمجرد السكوت عن نصيب الأب بل بدلالة صدر الكلام؛ لأنه لو بين نصيب الأم من غير إثبات الشركة ... لم يعرف نصيب الأب .

ومن هذا السكوت الذى هو فى حكم المنطوق : ما لو قال : أوصيت لزيد وبكر بألف درهم ، ولزيد فيها أربعمائه ... فان هذا بيان يفيد أن ما بقى — وهو الستمائة — لبكر .

وكذا لو قال : أوصيت بثلث مالى لزيد وبكر ، ومن هذا الثلث ألف درهم لزيد ، فانه بيان يفيد أن ما بقى من الثلث لبكر .

---

(١) سورة النساء : آية

القسم الثاني : دلالة حال الساكت الذي وظيفته البيان . بسبب سكوته عند الحاجة إلى البيان : كسكوته — ﷺ — عند أمر يشاهده . من قول ... أو فعل ، فهذا يدل على صحة هذا الأمر — كالمعاملات التي كان الناس يتعاملون بها ... كالمآكل والمشارب التي كانوا يتعاطونها ، ولم يقع منه — عليه السلام — نهي عنها ، أو إنكار على فاعليها ؛ فان هذا السكوت دليل على جواز ذلك في الشرع لأنه لا يجوز عليه — ﷺ — أن يقر الناس على منكر ؛ لأن الله وصفه بالقيام بالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، فقال : « يجدونه مكتوبا عندهم في التوراة والإنجيل يأمرهم بالمعروف ، وينهاهم عن المنكر ، ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث »(١) .

ولقوله — ﷺ — « الساكت عن الحق شيطان أخرس !!) فسكوته — ﷺ — أقيم مقام الأمر بالإباحة .

وفي حكم سكوت النبي — عليه السلام (سكوت الصحابة) رضوان الله تعالى عليهم — كما روى أن أمة أبقت — أي هربت — وتزوجت رجلا من بني عذرة ، فولدت أولاداً ، ثم جاء مولاها ، ورفع هذه القضية إلى سيدنا عمر — رضي الله عنه — فقضى بها لمولاها ، وقضى على الأب أن يأخذ أبنائه منها — بالقيمة ... وسكت عن تقييم منافع الأمة المستحقة لمولاها ... وكان ذلك بمحضر من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد منهم تصرفه وقضائه ... فكان سكوتهم إجماعا ، ودليلا على أن قيمة المنافع غير مضمونه ؛ لأن الموضع موضع الحاجة إلى البيان .

وهذا مشروط بشرطين : (١) القدرة على الإنكار ... (٢) وكون الفاعل مسلما ... فسكوت صاحب الشرع عند أكل الكافر خنزيراً ... لا يدل على إباحته ... وكذا عند ترك الصلاة ... وكذا عند مضى اليهود أو النصارى إلى معابدهم ... كل ذلك لا يكون السكوت عنه بيانا لشرعيته .

ولكن سكوت البكر البالغة — إذا بلغها تزويج الولي لها ... فسكتت ، يكون سكوتها إجازة منها بدلالة حالها ؛ فإنها تستحيي عن إظهار الرغبة في الرجال .

---

(١) سورة الاعراف آية ١٥٧ .

القسم الثالث : ما يثبت لضرورة دفع وقوع الناس فى الغرور .. كسكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى ... فان سكوته عن نهى عبده يعتبر إذناً له فى التجارة — بدلالة العرف دفعاً للغرور عمن يتعامل ماليا . مع العبد .

وقال الشافعى — رحمه الله تعالى — : لا يكون سكوت مولى العبد — إذناً له ؛ لأن سكوته يحتمل أن يكون للرضا بتصرفه ... وأن يكون لفرط الغيظ ... والمحتمل لا يكون حجة(١) .

— حاشية

وهذا التقسيم مشتق مما يعرف عند الأصوليين ببيان الضرورة والبيان فى اللغة : إظهار المقصود بأبلغ لفظ وهو من الفهم وذكاء القلب وأصله الكشف والظهور . فهو إسم لكل ما كشف عن معنى الكلام وأظهره(٢) .

وهو عند الأصوليين : إظهار المعنى وإيضاحه للمخاطب منفصلا عما تستر به(٣).

وسمى . بهذا الإسم : لأن الموضوع للبيان فى الأصل هو النطق وهذا لم يقع البيان به بل بالسكوت عنه لأجل الضرورة ، فقد وقع البيان بما لم يوضع للبيان(٤) .

---

(١) انظر فى هذا :

● شرح المنار ، وحواشيه لابن ملك ص ٦٨٧ طبعة ١٣١٥ هـ .
● ارشاد الفحول للشوكانى — دار الفكر ببيروت ص ١٧٢ .
● كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام للبزدوى ج ٣ ص ١٤٧ طبع دار الفكر العربى — ببيروت .
● تسهيل الوصول فى علم الاصول طبع مصطفى البابى الحلبى ١٣٤١ هـ ص ١٢٧ .

(٢) لسان العرب ج ١٣ ص ٦٩ .

(٣) انظر رسالة الامام الشافعى ص ٢١ تحقيق المرحوم الشيخ احمد شاكر .

(٤) تسهيل الوصول ص ١٢٧ .

القسم الأول

فى

السكوت ودلالته على الأحكام

ويتضمن هذا القسم المباحث الآتية :

المبحث الأول : السكوت ودلالته فى السنة

ويتكون هذا المبحث من مطلبين :

ـ المطلب الأول : السنة التقريرية ودلالتها على الأحكام

ـ المطلب الثانى : السكوت فى السنة ودلالته على الأحكام

المبحث الثانى : حكم الأشياء المسكوت عنها

المبحث الثالث : الإجماع السكوتى

المبحث الرابع : السكوت والعرف

المبحث الأول

السكوت ودلالته على السنة

ويتكون من مطلبين

المطلب الأول

السنة التقريرية ودلالتها على الأحكام

فى البداية أود أن يتصور القارىء فكرة عن (السنة) . . وبيان معناها . . وبعد ذلك نتحدث فى موضوع بحثنا . . وهو السكوت ودلالته على الأحكام عن طريق السنة . .

معناها لغة . . وشرعاً :

١ — أما اللغة : فهى الطريقة المسلوكة . . وأصلها : من قولهم : ـ سننت الشىء (بالمسن) إذا أمررته عليه حتى يحدث فيه (سناً) أى طريقاً .

وقال الكسائى : ـ معناها (الدوام) فقولنا : « سنة » معناه الأمر بالإدامة . . من قولهم : سننت الماء إذا واليت صبه .

وقال الخطابى : أصلها : الطريقة المحمودة . . فإذا أطلقت انصرفت إليها . . وقد تستعمل فى غيرها — مقيدة — كقوله : « من سن سنة سيئة . . . » .

وقيل هى الطريقة المعتادة . . سواء كانت حسنة . . أو سيئة . . كما جاء فى الحديث الصحيح : « من سن سنة حسنة فله أجرها ، وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة . . . ومن سن سنة سيئة كان عليه وزرها ، ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة »(١) .

---

(١) انظر : عيون الاخبار ج ٤ ص ١٠٨ — الاغانى ج ٦ ص ٦٣ .

٢ — وأما معناها شرعاً(١) : - أي في اصطلاح أهل الشرع - فهي : - قول النبي - صلى الله عليه وسلم - وفعله ... وتقريره .. وتطلق بالمعنى العام - (على الواجب) وغيره — وفي عرف أهل اللغة والحديث .

وأما في عرف أهل الفقه : فإنما يطلقونها على ما ليس بواجب ... وتطلق على ما يقابل (البدعة) ، كقولهم : فلان من أهل السنة .

قال ابن فارس - في فقة العربية - : وكره العلماء قول من قال : (سنة أبي بكر .. وعمر) وإنما يقال : سنة الله .. وسنة رسوله .

ويجاب عن هذا بأن النبي — صلى الله عليه وسلم .. قد قال في الحديث الصحيح : - « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين الهادين .. عضوا عليها بالنواجذ » .

ويمكن أن يقال : أنه صلى الله عليه وسلم — أراد بالسنة هنا — الطريقة .. وقيل في حدها — اصطلاحا — هي ما يرجح جانب وجوده .. على جانب عدمه ، ترجيحاً ليس معه المنع من النقيض .

قيل : هي ما واظب على فعله النبي — صلى الله عليه وسلم — مع ترك بلا عذر .

وقيل : هي في العبادات النافلة .. وفي الأدلة — ما صدر عن النبي — صلى الله عليه وسلم — من غير القرآن .. من قول ، أو فعل ، أو تقرير(٢) ، وهو ماالقصده هنا .

وبعد هذه المقدمة نشرع في المقصود ، والله المستعان : —

---

(١) ارشاد الفحول للشوكاني ص ٣٣ — طبعة أولى ، وشرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٢٨٨ .

(٢)

من قليل علمت أن السنة هي : أقواله صلى الله عليه وسلم — وأفعاله . .
ريراته .

والذى يهمنا — فى هذا المقام - تقريراته . . ودلالتها على الأحكام . .
ل : والإقرار[1] . . والتقرير من النبي صلى الله عليه وسلم — فى عرف
صوليين هو : أن يسكت النبى — عليه الصلاة والسلام — عن إنكار قول
... أو فعل حدث بين يديه . . أو فى عصره ، وعلم به[2] .

وقد جاء فى « إرشاد الفحول »[3] :- (البحث السابع) التقرير . . وصورته
يسكت النبى — صلى الله عليه وسلم — عن إنكار (قول) قيل بين يديه . .
فى عصره ، وعلم به ، أو سكت عن إنكار (فعل) فعل بين يديه ، أو فى
ره ، وعلم به . . فإن ذلك يدل على الجواز . وذلك كأكل الضب بين يديه) .

والإقرار قــد يكون نوعاً من السكوت ، لأنه سكوت عن الإنكار . .
سكوت كف عن القول .

وهل هذا الإقرار حجة فى إثبات الأحكام ؟

اختلف الأصوليون فى اعتبار الإقرار حجة ؟ أم لا ؟ على مذهبين :

المذهب الأول :

ونقله ابن حجر — على أن أكثر الأصوليين يعتبرون الإقرار قسما من
سام السنة النبوية الشريفة — على صاحبها أفضل الصلاة ، وأزكى التسليم —
ته حجة .

---

(١) سبق تعريفه .
(٢) أنظر : ارشاد الفحول للشوكانى ص ٤١ الطبعة الاولى .
(٣) أنظر : ارشاد الفحول للشوكانى ص ٤١ الطبعة الاولى .

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية :-

أولا :- أن الله تعالى - أرسل نبيه بشيرا ونذيرا ، يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر ، حيث يقول الله تعالى : « الذين يتبعون الرسول النبى الأمى ... يأمرون بالمعروف وينهاهم عن المنكر »(١) .. فلو سكت عما يفعل أمامه - مما يخالف الشرع - لم يكن ناهيا عن المنكر .

ثانياً :- استدلوا (بالعصمة) . فإن النهى عن المنكر واجب .. وتركه معصية يتنزه عنها أهل التقوى من أفراد الأمة .. فأولى أن يتنزه عنها محمد ﷺ . وهو أول المسلمين ، وأتقاهم لله .. ولو جاز له ترك إنكار المنكر .. لجاز ذلك لأمته !!

وقد اعترض على هذا الدليل — بناء على قول من يجوز على النبى ﷺ الصغائر .. بأنه إنما يلزم أن لو قدر الفعل المقر عليه محرماً .. لكان كبيرة .. أو لكان صغيرة .. وتكرر أمامه ﷺ فلم ينكره (٢) .

وأجيب عن هذا الاعتراض بالجزم بجواز التمسك بالإقرار - حتى على قول من يجوز الصغيرة - محتجا بأن الصحابة كانوا يفهمون من (التقرير) الجواز دون توقف .

ثالثا : واستدلوا بأن تأخير البيان عن وقت الحاجة — لا يجوز .. باتفاق .. ومن فعل ما يخالف الشرع : إما أن يكون فعله جاهلا بالمخالفة .. أو عالما بها :-

فإن كان جاهلا بها .. وجب البيان له ، ليستدرك ما فات - إن كان مما يستدرك ، كالإنكار على المسىء صلاته — فى الحديث المشهور - ولئلا يعود إلى المخالفة فى المستقبل .

---

(١) سورة الأعراف آية ١٥٧ .

(٢) انظر هذا الاعتراض فى المستصفى للامام الغزالى جـ ٣ ص ٥٣ .

وإن كان عالما .. فلئلا يتوهم فسخ الشرع المخالف .. وثبوت عـــدم التحريم (١).

رابعا :- واستدلوا بما علم عن حال الصحابة - فى وقائع كثيرة - أنهم كانوا يحتجون بتقريره - صلى الله عليه وسلم على الجواز (٢) .. كقول أبى ابن كعب : (الصلاه فى الثوب الواحد سنة كنا نفعلها على عهد النبى - صلى الله عليه وسلم - ولا يعاب علينا (٣)) .. وكقول ابن عباس : (أقبلت راكبا على حمار أتان ، وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام - ورسول الله صلى الله عليه وسلم - يصلى بالناس - بمنى - إلى غير جدار ، فمررت بين يدى بعض الصف فنزلت ، وأرسلت الأتان ترتع ، ودخلت فى الصف .. فلم ينـــكر ذلك على أحد (٤)) .

خامسا :- استدلوا بأن ترك النكير عن علماء الأمة على العامة فيما جرى بينهم - من المعاملات - التى استفاضت بينهم .. هو حجة على جوازه .. كما قاله بعضهم فى الاستصناع ، ودخول الحمام من غير أجرة(٥) .

(٢) المذهب الثانى :-

أن (التقرير) عن النبى صلى الله عليه وسلم - ليس حجة ، فى بناء الاحكام عليه ، وهذا الرأى نقله البزدوى (٦) .

واستدل أصحاب هذا المذهب بالادلة الآتية :-

أولا :- أن السكوت ، وعدم الإنكار محتمل ، إذ من الجائز أنه - صلى الله

---

(١) انظر تيسير التيسير ج ٣ ص ١٢٨ .
(٢) انظر : المستصفى للغزالى ج ٢ ص ٥٢ .
(٣) انظر : مسند أحمد ج ٥ ص ١٤١ .
(٤) صحيح البخارى ج ١ ص ٥٧١ .
(٥) انظر : جمع الجوامع ج ٢ ص ٢٨٧ .
(٦) انظر : البزدوى ص ٨٦٩ .

عليه وسلم — سكت لعلمه بأن أهل (الفعل) لم يبلغهم التحريم ، فلم يكن الفعل عليهم — إذ ذاك — حراما ، فلأجل هذا الاحتمال لا يصلح التقرير دليلا على الجواز .

ويجاب عن ذلك بما قلناه هناك فى الدليل الثانى للقول الأول .

ثانيا : واستدلوا بأنه من الجائز أنه سكت عنه ، لأنه أنكر عليه مرة .. فلم ينفع فيه الإنكار .. وعلم أن إنكاره عليه — ثانيا — لا يفيد ، فلم يعاود . وأقره عليه .. كما أقره اليهود والنصارى على معتقداتهم . وإذا كان كذلك لا يصلح على الجواز .

وجاب عنه : بأنه يجوز ترك الإنكار على المصر ، الذى لم تنفع فيه التذكرة لقوله تعالى : « فذكر إن نفعت الذكرى » — على أحد القولين فى تفسير الآية (١) ، ولما علم من حاله — صلى الله عليه وسلم — إذ كان لا يكرر على الكفار ، والمشركين الإنكار — فى كل يوم ، وكل حال .. وإنما قد بين لهم ما حصل به البيان الكافى ، القاطع للعذر ، وقاتلهم حتى أعطوا الجزية وهم صاغرون فلو تركهم — بعد ذلك — لم يظن أنه قد تغير الحكم .

إلا أن هذا النوع خارج عن الإقرار الذى يحتج به ، فإن شرطه :

أن يكون المقر مسلما ، ملتزما .. وفى المنافق خلاف — فكيف يترك المسلم الملتزم المطيع المتبع — بفعل المنكر — فلا ينهاه عنه (٢) ؟

يقول الآمدى . — (ولو سلم أنه جائز — فى بعض الأحوال إلا أنه ينبغى افتراض أن ذلك نادر .. خاصة أن الصحابة — صلى الله عليه وسلم — أبر هذه

---

(١) انظر : فتح القدير للشوكانى جـ ٥ ص ٤١٢ .

(٢) انظر : شرح البزدوى جـ ٣ ص ٨٦٩ .

الأمة ، قلوبا ، وأسرعها امتثالا لأمر نبيها ، والذين شهدوا برسالته ، وبذلوا أنفسهم لله فى طاعته .. فإذا كان كذلك .. فالنادر لا حكم له .. والحكم للأعم الأغلب (١) .

تنبيه .. هنا :— قد يصاحب إقرار الرسول ـ عليه السلام ـ قرائن تفيد جواز هذا التصرف ، المقر ... وهنا يزيد إقراره ـ صلى الله عليه وسلم ـ دلالة وموافقته على التصرف ، والرضا به ... ونمثل لذلك بما يأتى : —

(أ) كان يقوم ـ صلى الله عليه وسلم ـ بالمشاركة فى الفعل ، كقيامه ـ صلى الله عليه وسلم ـ مع عائشة ، لتنظر إلى الأحباش ، وهم يزفنون فى المسجد (أى يرقصون) يوم العيد ، فقد قام لها ، وأخذها على كتفه ، ليسترها ، ويمكنها من رؤيتهم ، والنظر إلى زفنهم .

(ب) سكوته ـ صلى الله عليه وسلم ـ مع الاستبشار ، وإظهار علامات الرضا ، والقبول .. فذلك حجة واضحة ، لأن استبشاره لا يكون بما يخالف الشريعة . لتبسمه ـ صلى الله عليه وسلم ـ لما اشتكت إليه امرأة (رفاعة القرظى) زوجها .. وقالت : (وإنما معه مثل هدبة الثوب) فذلك إقرار لجواز التصريح بمثل ذلك ، فى معرض الدعوى (٢) .

أما سكوته — صلى الله عليه وسلم — مع إظهار الامتعاض ، والضيق ، والتبرم — وكل ما يدل على عدم رضاه (بالفعل) — فنى مثل هذا يقع التعارض بين دلالة سكوته على الجواز .. وانتفاء الحرج .. ودلالة انزعاجه وتبرمه .. على الكراهية .. فهل السكوت فى مثل هذه الحالة — يعتبر إقرارا أم إنكارا ؟

---

(١) انظر : الاحكام للآمدى ج ١ ص ٢٧١ .

(٢) انظر : صحيح مسلم ج ١٠ ص ٢ .

وقد رأى السبكي : أن دلالة السكوت على الجواز لا تنتفي بعدم ظهور الاستبشار منه - صلى الله عليه وسلم - يقول السبكي : - (سكوته - صلى الله عليه وسلم - على الفعل - ولو غير مستبشر دليل الجواز للفاعل) .

لكن يرى بعض الباحثين أن إظهار الانزعاج ، والضيق دليل الكراهية ، لأن البيان يتم بكل مايحصل به التبيين ... فإذا أظهر - صلى الله عليه وسلم - الكراهية - بإعراضه ، وإظهاره الانزعاج - كان ذلك بيانا - وحصل للمشاهدين تبين غرضه - صلى الله عليه وسلم - في ذلك .

وعلى هذا لايعتبر السكوت إقراراً بل هو إنكار .

ونحن نؤيد هذا الاتجاه الأخير ، لما نقل عنه - صلى الله عليه وسلم - أنه يسأل أحيانا ، فيعرض عن السائل ، ويسكت عنه - إنكاراً لسؤاله !! وكإعراضه - صلى الله عليه وسلم - عمن يسأل عن الحج ، أفي كل عام هو ؟ بدليل أنه لما أكثر عليه السؤال صرح له بإنكاره للسؤال ... فدل على أنه لما سكت معرضا عنه أولا - كان يريد بيان الكراهية(١) .

(أنواع التقرير)(٢) .

التقرير قد يكون قولا .. أو فعلا ..

فالتقرير بالقول منه ماروواه الإمام أحمد - في قصة « ماعز » - أنه اعترف بالزنا أمام النبي - صلى الله عليه وسلم - ثلاثا . . كل ذلك يرده النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال له أبو بكر : (إنك إن اعترفت الرابعة رجمك رسول الله - صلى الله عليه وسلم -) .

احتج به الحنفية ، والحنابلة على أن (العدد) معتبر في الإقرار بالزنا من جهتين .

---

(١) انظر : جمع الجوامع جـ ٢ ص ٩٥ .

(٢) انظر : اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٧٠ .

(أ) أن ذلك ما علمه أبو بكر من حال الرسول — ﷺ .

(ب) أن النبي — ﷺ — أقر ذلك ، ولم يخطئ قائله (١).

وإقراره — ﷺ — على الأقوال قد يكون متعلقا بشئون التشريع ... أو متعلقا بمسائل خارجة عن هذه الدائرة — كالأمور الدنيوية ... فما حكم إقرار كل نوع على حدة ؟

(أ) أما إقراره — ﷺ — على الأقوال المتعلقة بالأمور التشريعية ... فيدل على الصحة ... وقيل : لا يدل ، لاحتمال الاكتفاء ببيان سبق .

وهذا مردود ، لأن سكوته عليه يوهم صحته ، وتغيير الحكم السابق .

ثم إن كان القول إخباراً عن الشرع .. دل على أن الشرع كذلك — كما جاء في حديث أبي بكر الصديق — رضي الله عنه في قوله (لماعز) : « إن أقررت أربعا رجمك رسول الله — صلى الله عليه وسلم — » .

وإن كان القول (مظنة) أن ينهى عنه — فلم يفعل .. أو أن يحكم فيه بحكم معين — كإيجاب الحد ، أو التعزير فلم يحكم به .. دل على جوازه — أي جواز القول .. وانتفاء ذلك الحكم في حقه ... ومن هذا إقراره شعراءه — عليه السلام — على الغزل ، والتغني بذكر النساء .

ويقول ابن القيم(٢) : — (إنه صلى الله عليه وسلم — أقر ذلك منهم لكونه جريا على عادة الشعراء ، في مطالع قصائدهم ، مما يذكرونه لجلب انتباه السامع ، واستثارة نشاطه ، ليتوصل الشاعر إلى إلقاء ما يريده إليهم ، وتحصيل الأثر النفسي المطلوب لديهم) .

---

(١) : انظر : نيل الأوطار جـ ١٠٠٧ ، ومراجع الحنفية والحنابلة سبق ذكرهـــا .

(٢) المرجع السابق ، وارشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ .

اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٧٠.

أما ما كان متعلقا بشئون الدنيا ، والأمور المغيبة عنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ فالتقرير عليه لا يدل على صدق الخبر ، وثبوت مدلوله ... بل قد يطلع الله رسوله على كذب ذلك القائل . . كما أطلعه الله على كذب المنافقين ، فى قولهم : (نشهد إنك لرسول الله !!) ، وقـول كبيرهم : (لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأزل !!) . . وقد لا يطلعه عليه(١) . .

(ب) والإقرار على الأفعال كإقراره صلى الله عليه وسلم — خالد بن الوليد على أكل لحم الضب . . ومن الإقرار على الفعل الإقرار على (الترك) . . كما نقل أن عمرو بن العاص تيمم من الجنابة فى ليلة باردة ، وصلى بأصحابه . . فلما أخبر النبي — صلى الله عليه وسلم — بذلك قال له : « صليت بأصحابك . . وأنت جنب » ؟ قال : ذكرت قول الله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم . إن الله كان بكم رحيما »(٢) . . ولم يأمره بالإعادة فكان ذلك إقراراً منه على ترك الإعادة » .

وتقريره — صلى الله عليه وسلم — مثل ذلك من أفعال ... يدل على أنه لا حرج فى ذلك الفعل ... وذلك يتم فى الفعل إذا انتفى أن يكون حراما ؛ فان الحرام هو الذى يأثم فاعله ، ويعصى به . . وهو المنكر الذى أمر — صلى الله عليه وسلم — بإنكاره(٣) . . فما أقر عليه إما أن يكون واجبا . . أومندوبا . أو مباحا . .

وأما المكروه . . فالمشهور — عند الأصوليين ـ أنه صلى الله عليه وسلم ـ لا يقر عليه . .

---

(١) انظر : اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم . للشيخ عبد الجليل عيسى ص ١٦٧ ، وجمع الجوامع للسبكى ج ٢ ص ١٢٧ .
وأفعال الرسول ودلالتها على الاحكام د. الاشقر ص ٤٢٠ .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

(٣) انظر : ارشاد الفحول للشوكانى ص ٤١ .

وذلك مشكل !! ووجه إشكاله : أن المكروه ليس معصية بل يؤجر من تركه لله .. وأما من فعله فلا إثم عليه .. فليس هو معصية حتى يلزم النبي — صلى الله عليه وسلم — إنكاره .

ولكن .. لما كان (المكروه) مطلوباً تركه — وهو منهى عنه — فهو منكر من هذه الناحية .. فلا يترك النبي — صلى الله عليه وسلم إنكاره — وإن لم يكن معصية ..

وإنما يرفع الحرج عن فاعله بعد أن يقع ... أما قبل وقوعه فهو يستحق النهى عنه — كالمحرمات(١) .

ومما سبق تعلم أن المنكر الذى يستحق عليه الإنكار أعم من المعصية .

ملاحظة هنا : هل يمكن أن يتعدى حكم التقرير لغير المقرر ؟ أقول نعم يمكن أن يتعدى حكم الفعل المقرر عليه إلى سائر أفراد الامة .. وهذا أقوى من تعدية حكم فعله هو — صلى الله عليه وسلم — إلى غيره .

وقد ذكر الجوينى أن الذين وقفوا فى تعدية حكم الأفعال النبوية وافقوا على تعدية أحكام الأفعال التى قرر عليها غيره ، لأن مافعله - صلى الله عليه وسلم - يرد عليه احتمال (الخصوصية) .. وهو احتمال يضعف التعدية .

أما التقرير فإن حمله على الخصوصية ضعيف جداً ، لايكاد يستحق الذكر ، لضآلة ماثبت تخصيص أفراد الامة به من الاحكام .. كجعل شهادة «خزيمة» بشهادة رجلين .. ولذلك كان احتمال المساواة بين فاعل الفعل المقر عليه .. وسائر أفراد الامة — هو أقوى من احتمال المساواة بين رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وسائر أفراد الامة ... ودلالة التقرير .. لذلك — أقوى من دلالة الفعل النبوى من جهة التعدية خاصة(٢) .

---

(١) انظر : المراجع السابقة ، وارشاد الفحول للشوكانى ص ٤١ .

(٢) انظر : جمع الجوامع جـ ٣ ص ٩٦ ، والمسودة تحقيق الشيخ محمد محيى الدين لآل تيمية مطبعة المدنى ص ٣٠ ، ٣٢ .

هل التقرير يدل على صحة الحكم ؟

للتقرير شروط لابد من توافرها للدلالة على صحة الحكم(١) : —

١ — أولها : — أن يعلم النبي — صلى الله عليه وسلم — بالفعل .. سواء سمعه ، أو رآه مباشرة . أو حصل فى غيبته ، ونقل إليه .. كما نقل إليه خبر تأخيرهم لصلاة العصر حتى غربت الشمس يوم بنى قريظة .

فإن انتفى هذا الشرط . بأن لم يعلمه — صلى الله عليه وسلم فلا يكون التقرير حجة فى هذه الحالة .

٢ وثانى هذه الشروط : — أن يكون قادراً على الإنكار ، لقوله — صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكراً ، فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه .. » فهو يدل على سقوط الإنكار باليد ، واللسان عند العجز عنه . ولرخصة قوله تعالى : — « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » . فرخص فى النطق بكلمة الكفر — والسكوت أولى بالجواز .

وإنكار المنكر — بالنسبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم — هو واجب مطلقا .. ولا يسقط بحال — الخوف على نفسه — لأن الله ضمن له النصر ، والظفر وكفاه أعداءه بقوله : « إنا كفيناك المستهزئين » ، ولأن تركه الإنكار — خوفا — يوهم الجواز .

٣ وثالث هذه الشروط : — أن يكون المقر منقاداً للشرع .. بأن يكون مسلما .. سامعا .. مطيعا أما إن كان كافراً فإن تقريره لايدل على رفع الحرج .. وقد أقر النبي — صلى الله عليه وسلم اليهود والنصارى على بيعهم وكنائسهم .. وأقر المجوس على معابدهم — مع مايعمل فيها من الكفر بالله ، والشرك به !!

---

(١) انظر : ارشاد الفحول للشوكانى ص ٤١ .

وعلى هذا . لا يكون سكوته عن الإنكار على فعل الكافر حجة على رفع الحرج . ولكن هو رفع ذلك .. حجة على أنه يجوز للأئمة إقرار أهل الذمة على مثل ما أقرهم عليه النبي صلى الله عليه وسلم .

٤ — ورابع هذه الشروط :— ألا يمنع من الإنكار مانع — غير ما تقدم فإن وجد مانع صحيح أمكن إحالة الإقرار عليه .. فلا يكون حجة .. كتركه — صلى الله عليه وسلم — نقض الكعبة .. المانع الذى قلنا من قبل ..

ومن هذا أيضاً سكوته — صلى الله عليه وسلم في انتظار الوحي — ويعلم ذلك من حاله — فلا يكون سكوته — قبل البيان . حجة على انتفاء الحرج في الفعل .

٥ — وخامس هذه الشروط :— اختلف في أن (تكليف) المقـ شرط أم لا ؟ قال البناني[1] :— (لا يقر النبي — صلى الله عليه وسلم أحداً على باطل .. والظاهر دخول غير المكلف ، لأن الباطل قبيح شرعا — وإن صدر من غير المكلف .. ولا يجوز تمكين غير المكلف منه . وإن لم يأثم به ، ولأنه يوهم من جهل حكم ذلك الفعل من جوازه)[2] .

(خاتمة في هذا المقام ..)

ما الفرق بين إقرار الحاكم .. وإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم ؟ وهل يكون إقرار الحاكم عن الواقعة حكما بالواقع فيها .. أم لا ؟

إذا رفع للحاكم عقد .. فتركه من غير نكير ، أو اعتراض . هل يكون ذلك كاقرار صاحب الشرع إذا رأى أحداً يفعل شيئاً ، فتركه ، فإن ذلك يكون إباحة منه — صلى الله عليه وسلم — لذلك الفعل .. أو يكون إقرار

---

(١) انظر : حاشية على شرح جمع الجوامع ج ٢ ص ٩٥ .

(٢) انظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ ، والمسودة لآل تيمية ص ٢٩٨ وتيسير التحرير ج ٣ ص ١٢٩ .

البحر المحيط للزركشي مخطوطة بمكتبة الازهر رقم ٢٠ .

انظر أمثال الرسول ودلالتها على الاحكام د. الاشقر / ٤٥٥ .

الحاكم أضعف ، لسكونه فى موطن الخلاف .. فله إبقاؤه على ماهو عليه من الخلاف ، ولا يتعرض له .. بخلاف إقرار رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يكون دليلا على الإباحة ، لأنه — صلى الله عليه وسلم — لايقر على منكر ؟

والجواب على ذلك : أن الإقرار دليل الرضا بالمقر عليه .. ظاهراً .. وهو أضعف فى الدلالة من الفعل والقول ، لأن بجرد الترك ، والسكوت قد يكون مع الإنكار — ألا ترى أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لما بلغ النهى عن الكفر ... والأمر بالإيمان — وآمن من آمن ، وكفر من كفر ... لم يكن — عليه السلام — يكرر النكير كل يوم على أهل مكة ، ولا غيرهم ... فتركه للنكير — فى بعض الأوقات — على تلك المنكرات — بعد التبليغ — لايقتضى إباحة تلك المنكرات(١) .

وأما اللفظ الدال على إباحة تلك المنكرات .. أو الفعل .. فلا سبيل إليه .. ويعلم من ذلك أن (مدلول الترك) قد يختلف عنه مالا يختلف (مدلول الفعل والقول) عنهما — إذا تقرر أنه أضعف فى أمر آخر لمن بدا له احتمال : وهو أن الحاكم قد يترك الواقعة على مافيها من الخلاف ، ولا يتعرض لإنشاء حكم فيها ؛ لأن كلا القولين يجوز الأخذ به .. وهو طريق إلى الله تعالى .. فلا ضرر فى الإقرار عليهما ... بخلاف إقرار الرسول — صلى الله عليه وسلم — على الواقعة — لايكون مع إباحة الفعل ، أو يكون تقدم من الإنكار مايكفى فى الإرشاد بحكم الله تعالى — فى تلك الواقعة .

ومما تقدم نعلم أن إقرار الحاكم ليس فى قوة إقراره — صلى الله عليه وسلم — لما ذكر(٢) .

---

(١) انظر أمثال الرسول ودلالتها على الاحكام ص ٤٥٥ .

(٢) انظر : الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الاحكام ، ومقدمات القاضى ، والامام شهاب الدين العراقي ص ٣٩ ، ٤٠ .

المطلب الثانى

سكوت النبي عن البيان ودلالته على الأحكام

مرادنا بالسكوت — هنا وكما قلنا من قبل — هو ترك الكلام . . فإن لم يكن — هناك — ما يستدعى القول ، فإن السكوت لا دلالة له ، لأن ترك (القول) هو الغالب على حال البشر .

أما إن كان هناك ما يستدعى القول . . ثم سكت — عليه السلام فإن سكوته هذا قد يدل على حكم .

ثم إن كان الذى يستدعى القول . . (فعل) حدث أمام النبي صلى الله عليه وسلم — أو (قول) قيل أمامه . . فسكت عن الإنكار عليه . . فذلك هو (التقرير) أى الإقرار والموافقة على ما سمع أو رأى .

وإن كان الذى يستدعى الكلام (حادثة) وقعت ، وتستدعى بيان حكم . . أو (سؤال) يتطلب جواباً منه — صلى الله عليه وسلم — فسكت عن الجواب . . فلسكوته دلالة .

وهذا النوع من السكوت هو مرادنا هنا ... ويقول العلماء : إن سكوته صلى الله عليه وسلم — لا يدل على أنه لا حكم إلا عند الطلب والتساؤل ، لأنه فى حكم الابتداء(١) .

وسكوت النبي — صلى الله عليه وسلم — نوعان

١ النوع الأول : أن يسكت . عليه السلام — لعدم وجود حكم شرعى فى المسألة .

٢ — النوع الثانى : أن يسكت مع وجود حكم للمسألة . . ولكن تمنعه من الإجابة مانع . .

(١) انظر : شرح تنقيح الفصول للقرافى ص ١٣٢ .

(أ) أما سكوته — عليه السلام — لعدم وجود حكم في المسألة . . فإنه — عليه السلام — كان إذا سئل عن حادثة — ليس فيها حكم — يسكت ، منتظراً الوحي . .

أما إن كان فيها حكم — ولم يمنع من الجواب مانع فإنه كان يجيب ، لأنه مأمور بذلك ، لقوله تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم »(١) . . فلو سكت لم يكن مبيناً .

وعلى ذلك . . فسكوته — صلى الله عليه وسلم — مع عدم وجود مانع — يشعر أنه ليس في المسألة حكم ، وإذا لم يتأت بيان لاحق . . بقي أمر الحادثة على حاله . ومثل بعض العلماء(٢) لذلك : بأنه — عليه السلام — لو سئل عن قول قائل لزوجته :

(أنت حرة ، أو اذهبي إلى أهلك . .) إلى غير ذلك من الكنايات . فسكت — والحالة هذه — من غير تنبيه . . لوجب أن يدل سكوته على أن الكنايات لا يترتب عليها طلاق . . كما يترتب على الطلاق الصريح .

ومما ورد في السنة — من هذا النوع الأول وهو السكوت لعدم وجود حكم شرعي — ما روى جابر — رضي الله عنه — [أن امرأة سعد بن الربيع قالت : يا رسول الله : إن سعداً هلك (أي مات) وترك ابنتين ، وأخاه . . فعمد أخوه فقبض ما ترك سعد !! وإنما تنكح النساء على أموالهن !! فلم يجبها في مجلسها هذا . . ثم جاءته ، فقالت : يا رسول الله : ابنتا سعد ؟! فقال : ادع لي أخاه (هكذا بأمر المفرد المذكر) — ولعله طلب من صحابي بجواره — فجاء (أي أخو سعد) فقال له : ادفع إلى ابنتيه الثلثين . . وإلى امرأته الثمن . . ولك ما تبقى] . وفي رواية الترمذي : فنزلت آية المواريث(٣) .

---

(١) سورة النمل آية ٤٤ .

(٢) انظر : شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ١٣٢ .

(٣) انظر تفسير القرطبي جـ ٥ ص ٧٥ .. وأفعال الرسول ودلالتها على الاحكام للدكتور الاشقر ص ٤٦٠ .

ومن هذا النوع — أيضاً — سكوته — صلى الله عليه وسلم — عن بعض الأحكام مع بيان بعض آخر .. ويندرج تحت هذا الأمر مسألتان :

١ — كأن يكون المسئول عنه قد تبين حكمه بدليل صحيح .. وفى تلك الحال لا يكون سكوته — عما سكت عنه — حجة على انتفاء هذا الحكم .. بل يكون إحالة منه — عليه السلام — على الدليل .

وقد اشترط لذلك بعض العلماء : أن يكون المسكوت عنه مما لم تذكره أدلة الشرع ... فلو كان المسكوت عنه قد ذكر فيها ، فإنه مما لا يحتج به : كما لو أتى بزان ، وزانية ، فأمر بالجلد ، ولم يذكر (المهر ، والعدة ، وغيرهما) ، لأن ذلك يحال به على البيان فى غير هذا الموضع .

٢ — وقد يكون المسكوت عنه — فى هذا النوع — مما يتوهم ثبوته ، أو يتردد فيه ، لتعارض الأدلة .. فينبغى أن يكون المسكوت عنه دليل انتفائه .. وصورة ذلك ما ورد فى حديث أبى هريرة — فى قصة الأنصارى الذى وطىء زوجته فى نهار رمضان ، فأمر النبى — صلى الله عليه وسلم — بالتكفير .. وسكت عن بيان الحكم بالنسبة للزوجة .

ومن هذا اختلف الفقهاء فى حكم كفارة المرأة : هل لا تجب الكفارة عليها ؟ — بناء على هذا السكوت النبوى — ؟ بهذا قال بعض الفقهاء .. ولكن أغلبهم يقولون بوجوب الكفارة على المرأة — فى هذه المسألة — كما وجبت على الرجل[١] !! .

(ب) النوع الثانى — من سكوته — عليه السلام — ما كان لمانع من بيان الحكم .. ومنه : فى شكل موانع مختلفة[٢] :

---

(١) انظر : الفقه على المذاهب الاربعة ج ١ ص ٥٢٠ ، والمغنى لابن قدامة ج ٣ ص ١٣٣ .

(٢) انظر : الموافقات للشاطبى ج ٤ ص ٣١٣ ، ٣١٩ ، واعلام الموقعين لابن القيم ج ٤ ص ١٥٧ .

١ — أن يكون السائل قد سأل عما لم يقع . . فيترك — عليه السلام — جوابه لعدم الحاجة إلى البيان ، ولإشعار السائل بتكلفه دون مبرر . . وفى ذلك من الكراهة ما فيه .

٢ — أو أن عقل السائل . . أو عقل بعض السامعين لا يحتمل الجواب تكليفا وتنفيذاً فيسكت — عليه السلام — عن جوابه ، لئلا يكون الجواب فتنة له فى دينه ، وقد جاء فى البخارى : تأييداً لذلك — (باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس ، فيقعوا فى أشد منه) — ثم روى حديث عائشة فى تركه — صلى الله عليه وسلم — نقض الكعبة(١) .

٣ — أو أن يكون سكوته — عليه الصلاة والسلام على سبيل الإنكار للسؤال نفسه ، لأنه مما لا ينبغى . . فالله تعالى — قد نهى عن السؤال فى الأمور التى عفا عنها . . قال تعالى : « يأيها الذين آمنوا : لا تسألوا عن أشياء أن تبد لكم تسؤكم ، وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن — تبد لكم عفا الله عنها »(٢) ،

ونهى النبى — صلى الله عليه وسلم — عن كثرة السؤال . . ومن هذا النوع سكوته عليه الصلاة والسلام — عن الأقرع بن حابس : فقد تلا عليهم النبى — صلى الله عليه وسلم — قوله تعالى : « ولله على الناس حج البيت . . الآية » فقام الأقرع ، وقال : أفى كل عام يا رسول الله ؟ فأعرض النبى عنه - وسكت - حتى سأله ثلاثا — فقال صلى الله عليه وسلم — « والذى نفسى بيده : لو قلت : نعم لوجبت !! ولما استطعتم !! »(٣) .

---

(١) انظر : صحيح البخارى جـ ١ ص ٢٣٥ .

(٢) سورة المائدة آية ١٠١ .

(٣) انظر : نيل الاوطار للشوكانى جـ ٤ ص ٣١٢ .

٤ — ومن هذه الموانع : أن السكوت نفسه قد يكون أحيانا جوابا . . فمن استأذن فى فعل شىء . . فسكت النبى عن الإذن له . . دل ذلك على عـــدم الإذن . . ومن ذلك ما رواه أبو هريرة — رضى الله عنه حيث قال . . (قلت : يا رسول الله : إنى رجل شاب، وإنى أخاف على نفسى العنت ، ولا أجد ما أتزوج به النساء — زاد فى روايه : فأذن لى أن أختص !! فسكت عنى . . ثم قلت ذلك ، فسكت عنى ، ثم قلت مثل ذلك ، فسكت عنى ، ثم قلت مثل ذلك، فقال النبى — صلى الله عليه وسلم — يا أبا هريرة ! ! جف القلم بما أنت لاق ، فاختص على ذلك . . أو ذر) !!

قال ابن حجر : (فيه من الفوائد — جواز السكوت عن الجواب . لمن يظن أنه يفهم المراد من مجرد السكوت)[١] .

ولكن ... هل ترك النبى الإجابة فى واقعة يوجب ترك الحكم فى نظيرها ؟ جاء فى المسودة[٢] — إجابة على ذلك : (أنه إذا ترك النبى — صلى الله عليه وسلم — الحكم فى حادثة . . فهل لنا أن نحكم فى نظيرها ؟ كالرجل الذى شج آخر شجة ، ولم يحكم فيها النبى — صلى الله عليه وسلم — بحكم . . فعلم بذلك أن لا حكم لها فى الشريعة .

يقول القاضى أبو يعلى — الحنبلى — إجابة على ذلك : يجوز لنا أن نحكم فى نظيرها ، لأنه — صلى الله عليه وسلم — ربما يكون قد سكت محيلا لنا على بيان آخر : بأن يكون قد حكم فى مسألة أخرى مشابهة . . ويكون سكوته من تفويضه للحاضرين استخراج الحكم بالاجتهاد .

---

(١) انظر : صحيح البخارى جـ ٩ ص ١٢٠ .
والبحر المحيط للزركسى مخطوطة بالازهر رقم ٢٠ .

(٢) اقتباس من (المسودة) لآل تيمية ص ٣٤٥ ، وافعال الرسول صلى الله عليه وسلم للدكتور الاشقر ص ٤٦٦ .

ويوافق القاضى أبويعلى . . ابن عقيل على ذلك ـ فى حالة واحدة :ـ

ـــ هى عنده جائزة : وهى أن يكون له ـ صلى الله عليه وسلم ـ حكم فى نظيرها، يصح استخراجه من معنى نطقه . . . واشترط لذلك : أن يكون قياسا جليا فى قوة النصوص ، فإن لم يكن كذلك فلا وجه عنده ، لطلبنا الحكم ـ مع إمساكه ـ صلى الله عليه وسلم .

واستدل بأن الحكم الذى نطلبه بالقياس ـ أو غيره ـ من الأدلة الاجتهادية لتلك الواقعة . . إما أن يكون ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد علمه ، وتركه . . وذلك ممتنع ، لأنه من تأخير البيان عن وقت الحاجة . . . وإما أن يكون غير عالم به . . وذلك غير جائز ، إذ لو أراد الله بيانه لما طواه عن نبيه ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأوقع الأمة عليه من غير طريقه . . فلا يبقى إلا أنه لا حكم له ـ فى المسألة ـ شرعياً ، وذلك يمنع من طلب حكم شرعى لنظائر تلك الحادثة .

لكن ما قاله القاضى أدق ، لأن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد يترك الحكم فى أمر من الأمور ، لمانع شرعى ـ كما سبق ـ فإذا علمنا ذلك المانع ، وعرفنا زواله .. جاز أن نحكم فيه .. كنقض الكعبة ، وإعادة بنائها على قواعد إبراهيم . . تركه النبى صلى الله عليه وسلم ـ لحداثة عهدهم بالإسلام . . فإذا زال هذا السبب جاز أن يفعل ذلك .

وكذلك ترك الحكم عن المعترف بالزنا لأول مرة . . وللثانية . . والثالثة . . . قال الشافعية . . والمالكية : بأن الاعتراف بالزنا مرة واحدة موجب للحد ، وأخذوا ذلك من أدلة أخرى غير تلك الواقعة . . وحملوا رده (لماعز) فى المرة الأولى . . والثانية . . والثالثة على محامل مختلفة ، لزيادة التثبت . . فلم يجعلوا تركه للحكم ـ فى تلك الواقعة ـ مانعا من الحكم فى نظائرها من الوقائع .

وقال الحنفية . . والحنابلة : إن رده ـ صلى الله عليه وسلم ـ « لماعز » قبل

الرابعة دليل على أن الرابعة هى الموجبة . . ولا حكم فيما قبلها ، إذ لو كان فيها حكم لما جاز تركه (١).

وفى النهاية أقول : إن الوقائع التى يمكن أن يترك فيها الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ الحكم ـ أحيانا ـ نوعان : ـ

الأول : بما سبق النص عليه ، أو يمكن تبين حكمه بقياس جلى .

الثانى : ـ ما منع من الحكم فيه مانع ، يتضمن مفسدة أعظم من ترك بيان الحكم فيه ... فإن لم يكن كذلك . . فإن ترك الحكم فيه ممتنع . . ويمتنع علينا الحكم فيه . . وهذا قيد فى (قياس العلة) كما هو معروف ـ فلا يجوز أن يكون فرع القياس مما كان فى حادثه فى زمنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ وترك ذلك الحكم فيه (٢) ! !

وجه دلالة سكوته وتقريراته ﷺ على الأحكام :

الأدلة المعتمدة فى الشريعة أغلبها أقوال فالكتاب العظيم قول الله تعالى والسنة النبوية منها أقوال ومنها أفعال . والإجماع منه قولى ومنه فعلى .

ومذهب الصحابى (عند من يقول به) منه قول ومنه فعل

ودليل القياس وهو العلة ليس قولا ولا فعلا ولكن هى معنى اعتبره الشارع فى الأصل .

---

(١) انظر : نيل الاوطار للشوكانى جـ ٧ ص ١٠٣ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ١٩٢ ، وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠١ ، وحاشية الباجورى جـ ٢ ص ٢٤٧ ، وشرح كنز الدقائق للعلامة معين الدين ... ؟ وموسوعة ناصر للفقه الاسلامى جـ ١٢ ص ١٦٣ .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

فالأدلة إما أقوال وإما أفعال وإما غيرهما : ويقول ابن تيمية (١) الأصلى قول الله وفعله وتركه القول وتركه الفعل وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله وتركه القول وتركه الفعل . وإن كانت جرت عادة الأصوليين أن يذكروا قول الله فقط ومن جهة للنبي صلى الله عليه وسلم . قوله وفعله وإقراره فهذا تقسيم للأدلة من وجه طبيعتها وتقسيمها إلى كتاب وسنه وإجماع وقياس وغير ذلك . هو تقسيم لها من جهة مصادرها وهو التقسيم السهل المعتمد عند الأصوليين .

---

(١) المســودة لآل تيمية طبع المدنى بالقاهرة تحقيق الشــيخ محمد محيى الدين عبد الحميد ص ٢٩٨ .

المبحث الثانى

(فى حكم الأشياء المسكوت عنها)

ويتكون هذا المبحث من مطلبين

المطلب الأول — حكم الأشياء المسكوت عنها ... فى نظر الاصوليين .

المطلب الثانى — تطبيق ذلك ... عند الفقهاء

المطلب الأول

حكم الأشياء المسكوت عنها . . فى نظر الأصوليين

وهو مايعبر عنه عندهم . . مسألة العفو :

اختلف علماء الأصول فى هذه المسألة ... على مذهبين : —

المذهب الأول : — يرى أن الشريعة (حاكمة) بجميع أفعال العباد ... فلا يخلو فعل منها عن حكم شرعى ... فما من عمل يفرض ... ولا حركة . . ولا سكون يدعى إلا والشريعة حاكمة عليه — إفرادا وتركيبا —

وقد أحاطت الشريعة بالأفعال إحاطة تامة ، فلم يشذ منها شيء .

وممن قال بهذا المذهب : الإمام الشافعى ، وابن السمعانى ... قال ابن السمعانى : — (1) (ولابد أن يكون لله تعالى فى كل حادثة حكم ... إما بتحليل أو بتحريم) .

وقال فى موضع آخر : -) إنا نعلم قطعاً أنه لا يجوز أن تخلو حادثة عن حكم الله تعالى ، منسوب إلى شريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم - يبينه ، وأنه

---

(1) انظر الموافقات للشاطبى جـ 1 ص 167 . . وأفعال الرسول ودلالتها على الاحكام د . محمد الاشقر ص 127 .

لم يرد عن السلف الماضين أنهم أعروا واقعة عن بيان حكم فيها لله تعالى وتقدس ... وقد استرسلوا فى بث الأحكام استرسال واثق بانبساطها على جميع الوقائع ، ولايخفى على منصف أنهم ما كانوا يفتون فتوى من

وتنقسم الوقائع عنده إلى مايجرى عن حكم .. وإلا مالا يعرى عقه)

وقد احتج هذا المذهب بالأدلة الآتية :

(لو لم تكن أفعال المكلفين - بجملتها - داخله تحت خطاب التكليف - لكان بعض المكلفين خارجا عن حكم خطاب التكليف - ولو فى وقت ، أو حالة ما - لكن ذلك باطل ، لأنا فرضناه مكلفا ، فلا يصح خروجه .

ويناقش هذا الدليل بأنه يمكن إبطال هذا بأنا نمنع أن يكون العبد البالغ العاقل مكلفا على الإطلاق ... وإنما هو مكلف بما كلفه الله تعالى به . . لا بما سكت عنه فلم يكلفه به .

(ب) واستدلوا - ثانياً - بقول الله تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء » وبقوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم » (٢)

ووجه الاستدلال من هذين النصين : أن الكتاب تبيان لكل شيء ، وتدخل أفعال العباد دخولا أوليا ... إذ أن ضبطها - حسب أوامر الله تعالى - هو المقصود الأول من نزول القرآن المجيد.. فينبغى أن يكون فى الكتاب بيان أحكامها جميعا .

ويناقش هذا الدليل بأن الآية عامة لكل ما من شأنه أن يدخل فيها . . قال مجاهد : « تبيانا لكل شيء : للحلال والحرام (٣) » ... وهى واردة فى

---

(١) النحل آية ٨٩ .

(٢) المائدة آية ٣ .

(٣) انظر تفسير القرطبى جـ ١٠ ص ١٩٦٤ .

شئون الدين كالآية الثانية ... فما ليس من الدين خارج عن عمومها ... والفعل إذا لم يرد الله تعالى إنزال حكم فيه فهو خارج عن حكم الدين .

أما المذهب الثانى : فيرى أن الشريعة جاءت بأحكام معينة فى أفعال معينة . . أراد الله عز وجل — أن تكون تلك الأحكام هى الدين . . وترك ما سوى تلك الأفعال المعينة ، فلم يتعرض لها ، لا بأمر ، ولا بنهى ، ولا بتحليل ، ولا بتحريم . بل أبقاه على ما هو عليه — قبل ورود الشريعة .

وأفعال العباد — على هذا — قسمان :

(أ) قسم فيه حكم شرعى . . سواء كان واجباً . . أو مندوبا . . أو مباحا . . أو مكروها أو محرما .

(ب) وقسم آخر خارج عن نطاق الشريعة ، أغفل فيه الحكم الشرعى ... وهو ما يسمى (بالعفو) .

وأستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية :

١ — بما ورد من حديث سلمان الفارسى عن النبى صلى الله عليه وسلم : أنه سئل عن الجبن ، والسمن ، والفراء . . فقال : « الحلال ما أحله الله فى كتابه ، والحرام ما حرمه الله فى كتابه ... وما سكت عنه فهو مما عفى عنه »(١) .

٢ — وبما ورد عن أبى الدرداء عن النبى صلى الله عليه وسلم — قال : « ما أحل الله فى كتابه فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئا . . ثم تلا وما كان ربك نسيا .

---

(١) أخرجه الترمذى ، والحاكم (الفتح الكبير) قال الترمذى : حديث غريب انظر سنن الترمذى جـ ٥ ص ٢٩٧ ، وسنن ابن ماجة جـ ٢ ص ١١١٧ .

وهذا نص فى المسألة . .

وقال ابن عباس : (كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ، ويتركون أشياء تقذراً ، فبعث الله نبيه - صلى الله عليه وسلم - وأنزل كتابه ، وأحل حلاله ، وحرم حرامه . . فما أحل فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو . .) وتلا قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه . . إلى آخر الآية(١)

٣ - واستدلوا - كذلك - بما نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عنه . . من كثرة السؤال ، ولومه من فعل ذلك ولو كان لكل شيء حكم شرعى لما كان السائل منه ملوما . . ومما ورد من ذلك النهى : قوله صلى الله عليه وسلم : « ذرونى ما تركتكم ، فانما أهلك من كان قبلكم كثرة مسائلهم ، واختلافهم على أنبيائهم !! »(٢) .

وبعد استعراض أدلة كل من المذهبين نرى صحة المذهب القائل (بمرتبة العفو) ، وأن أحكام الشريعة طائفة محدودة من الأحكام . . سواء أكانت مستفادة بالنص أم بالقياس ، أم غير ذلك ... وأن ما لم يدل عليه دليل صحيح يكون خارجا عن جملة الأحكام أصلا . . وبناء على ذلك لا يمتنع أن يكون النبي - صلى الله عليه وسلم - قد فعل (الشيء) بناء على أنه لا حكم فيه من قبل الله تعالى ، بل هو مسكوت عنه

وعلى هذا يحمل ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعله - مما حرمه الله بعد ذلك - كالتبنى ، ولبس الذهب ، وما أقر غيره عليه - من ذلك - كشرب الخمر(٣) .

---

(١) انظر سنن ابى داود ج ١٠ ص ٢٧٣ .
(٢) انظر صحيح مسلم ج ٨ ص ١٠١ .
(٣) انظر المراجع السابقة .

المطلب الثانى

(حكم المطعومات التى سكت عنها الشارع)

من البديهيات أنه لا يعلم المسكوت عنه إلا بعد علم المنصوص عليه ..

والقاعدة الفقهية فى هذا الباب هى : أن الأصل فى الأشياء الإباحة إلا ما ورد الشرع بتحريمه[1] ... والمحرم منها مستثنى ، ومنصوص عليه .

والأصل فى إباحة المطعومات .. أو تحريمها : النصوص .. والقواعدالفقهية أما النصوص فقد بينت المحرمات - من المطعومات - ونصت عليها ، وحصرتها ، ومعنى ذلك أن ما سكتت عنه النصوص يكون مباحا .. عملا بقاعدة : الأصل فى الأشياء الإباحة .. وسوف نعرض لهذا فى حينه .

ونتناول الحديث هنا على الوجه التالى :

أولا : بيان النصوص المحرمة لبعض المطعومات ... وإليك بيانها .

١ - يقول الله تعالى - فى سورة المائدة[2] : « حرمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع - إلا ما ذكيتم - وما ذبح على النصب ، وأن تستقسموا بالأزلام !! ذلكم فسق ، اليوم يئس الذين كفروا من دينكم ، فلا تخشوهم ، واخشون ، اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتى ، ورضيت لكم الإسلام دينا ، فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » .

٢ - ويقول عز وجل - فى سورة البقرة[3] : « إنما حرم عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد - فلا إثم عليه ، إن الله غفور رحيم » .

---

(١) انظر نيل الاوطار جـ ٨ ص ١٢١ .
(٢) سورة المائدة الآية ٣ .
(٣) سورة البقرة آية ١٧٣ .

٣ — ويقول جل ثناؤه — فى سورة الأنعام[١] ـ « قل لا أجد ـ فيما أوحى إلى — محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة ، أو دما مسفوحا ، أو لحم خنزير ، — فإنه رجس ، أو فسقا أهل لغير الله به « فمن اضطر — غير باغ ولا عاد — فان ربك غفور رحيم » .

٤ ويقول تبارك وتعالى — فى سورة النحل : « إنما حرم عليكم الميتة ، والدم ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، فمن اضطر — غير باغ ولا عاد — فان الله غفور رحيم »[٢] .

٥ يقول جل ذكره ، وعظم ثناؤه — فى سورة الأنعام : « وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر إسم الله عليه ، وقد فصل لكم ما حرم عليكم ـ إلا ما اضطررتم إليه » .

فهذه الآيات الكريمات ذكرت المطعومات المحرم تناولها فى الإسلام ، وأضافت السنة النبوية المطهرة — على صاحبها أفضل الصلاة ، وأزكى السلام — أنواعا أخرى شملتها أحاديث وردت عن النبى — صلى الله عليه وسلم :

١ — فقد ورد عن أبى ثعلبة الخشنى أنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع » رواه البخارى .

٢ — وعن جابر رضى الله عنه قال : نهى رسول الله — صلى الله عليه وسلم ـ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية ، وأذن فى لحوم الخيل » .

٣ — وعن أبى هريرة — رضى الله عنه — : أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم قال : « أكل كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير ـ حرام » (رواه أبو داود)[٣] .

ويؤخذ من هذه النصوص — سواء أكانت قرآنا ، أم سنة — أن الأصل فى المطعومات ... الإباحة ... والتحريم مستثنى ، ومنصوص عليه أيضا .

---

(١) سورة الانعام آية ١٤٥ .

(٢) سورة النحل آية ١١٥ .

(٣) انظر كل هذه الاحاديث : نيل الأوطار : هـ ٨ ص ١٣١ .

ويؤكد هذا قوله — صلى الله عليه وسلم — جوابا لمن سأله عن بعض المطعومات : « الحلال ما أحله الله فى كتابه ، والحرام ما حرمه الله فى كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه »[١] (أخرجه الترمذى) .

فالرسول — صلى الله عليه وسلم — أحال السائل على قاعدة يرجع إليها فى معرفة الحلال والحرام ، وهى أنه يكفيه أن يعرف ما حرمه الله ، فيكون كل ما عداه حلالا طيبا ... ويؤيد هذا ما قاله الإمام الرازى — حيث قال — عند تفسيره لآية المحرمات من الطعام : (أنه ليس وراء هذه المحرمات المحصورة محرم . . وأنه الحكم المستقر فى الشريعة من أولها إلى آخرها)[٢] .

وهذه النصوص تناولت المطعومات المحرم تناولها فى الإسلام . . وهى نوعان :

(أ) نوع محرم بالإتفاق . .
(ب) ونوع مختلف فيه . .

أما النوع الاول — المحرم بالإتفاق — فإليك بيانه ، وحكمة تحريمه ، ويشمل الأصناف الآتية :

الأول : الميتة ... والمراد منها — فى عرف الشرع — ما مات ، ولم يذكه الإنسان ذكاه شرعية ... فيحرم أكله باتفاق ، لأنه يكون — فى الغالب — ضاراً ، إذ يحدث الموت بشكل طبيعى ، أو بضعف وهزال ، أو « بميكروب » « أو فيروس » يحطم خلايا الجسم ، ويهد قواها ، ويتوالد فيها ، فيكون الجسم مسموما ، وقد يعيش « الميكروب ، أو الفيروس » فى جثة الميتة زمنا طويلا ، وينتقل بالتالى إلى الآكل ... ولأنه مما تعافه الطباع السليمة ، وتستقذره ، وتعده خبيثا ... وقد قيل : إن سبب ضرر الميتة هو احتباس بعض المواد الضارة . والسامة فى جسمها .

---

(١) انظر نيل الاوطار : جـ ٨ ص ١٠٦ .
(٢) انظر : تفسير القرآن للرازى جـ ٤ ص ٧٥ .

وقد استثنى من الميتة المحرمة . . نوعان — باتفاق — هما : السمك . . والجراد . . ويدل على هذا الاستثناء ما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم : « أحلت لنا ميتتان ، ودمان : السمك والجراد ... والكبد والطحال »(١) .

الثانى : الدم ... والمراد به الدم المسفوح ، الذى يسفح ويراق ؛ ويسيل من الحيوان عند التذكية .

وحكمة تحريم الدم هى . . الضرر . . والاستقذار - أيضا - كما قيل فى الميتة ...

أما كونه خبيثاً مستقذراً عند الناس - فظاهر ... وأما كونه ضاراً فلأنه عسير الهضم جداً ، ويحمل كثيراً من الخلايا المفتتة الميتة ، التى تتحلل من الجسم ، وهى فضلات لفظتها طبيعته منه - كما تلفظ البول والبراز ، واستعاضت عنها بمواد جية جديدة من الدم ... فالعودة إلى التغذى بها تشبه التغذى (بالرجيع) ... وقد يكون جراثيم بعض الأمراض المعدية - وهى تكون فيه أكثر مما تكون فى اللحم ... وكذلك اللبن الذى أعده الخالق الحكيم من أصل الطبيعة للتغذى به .

ومع هذا نرى أن الأطباء متفقون على وجوب (غلى اللبن) اقتل ما يوجد فيه من جراثيم الأمراض المعدية . . والدم لا يغلى كما يغلى اللبن بل قد يجمد بقليل من الحرارة (يتجلط) وحينئذ تبقى الجراثيم الفتاكة فيه - حية تؤثر فى الجسم الذى تدخله .

فإن قيل : إن المشهور عن الأطباء أن الدم (مادة الحياة) الحيوانية الفعالة فى الصحة ، فإن أمكن الإنسان أن يضيف دم غيره من الأحياء إلى دمه زاده ذلك صحة وقوة !!

---

(١) أنظر تفسير بن كثير ج ٢ ص ٦ الحلبى والمنار ج ٦ ص ١١١ الهيئة العامة للكتاب والمنار العربي ج ٦ ص ٤٧ دار الكتب .

فالجواب : أن هذا لا يؤخذ على إطلاقه ، ولم يثبت عند الأطباء أن شرب الدم المسفوح ، أو أكله - بعد أن يجمد بنفسه ، أو بالطبخ - مفيد للصحة ، والقوة ... كما لم يثبت عندهم - أنه يزيد الدم ! !

ولذلك لا يتناولونه ، ولا يأمرون الناس به ، ولا يقولون إن (معدات) الناس تقوى على هضمه ، والتغذى به بسهولة . . وإنما يتولد الدم مما يهضم من الطعام .

الثالث : لحم الخنزير ... وإنما خص اللحم بالذكر ، لأنه المقصود الأهم... وأما شعره ... فقال قوم بجواز استعماله إن كانت هناك ضرورة .

حكمة تحريم أكله . . ما فيه من الضرر . . وكونه مما يستقذر ... وإن كان استقذاره ليس لذاته كالدم والميتة . . بل هو خاص بملازمته القاذورات ، ورغبته فيها ، وولعه بها .

ولهذا المعنى ورد النهى عن اكل (الجلالة) وشرب لبنها (وهى التى تأكل العذرة — الجلة — أى فضلات البهائم . فقد روى أحمد ، وأصحاب السنن الثلاثة — وصححه الترمذى عن ابن عباس — : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرب لبن الجلالة ، وعن ابن عمر - رضى الله عنه - قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم - عن أكل الجلالة ، وألبانها » (رواه الخمسة إلا النسائى)(١)

واختلف العلماء فى النهى عن الجلالة - من الأنعام وغيرها ، كالدجاج والاوز ... وهل العبرة بعلفها - قلة وكثرة - ؟ أو العبرة برائحة لحمها ؟ وهل النهى للتحريم ، أو للكراهة ؟

وقال بعض الأئمة (الشافعى ، وأصحاب الرأى ، والإمام أحمد) : - أنها تكره . . ولا يؤكل لحمها حتى تحبس أياماً عن أكل القاذورات) .

---

(١) انظر : نيل الاوطار جـ ١٣٩ .

واختلفوا فى مدة الحبس ... والمشهور أنه ليس للحبس مدة محـــددة ، وإن كان ابن عمر حبس الدجاجة ثلاثا ... ولم ير الإمام مالك بأسا فى أكلها دون حبس . .

والغرض من هذا أن الإسلام أحل الطيبات ، وحرم الخبائث ، وبالغ فى أمر النظافة ... فلا غرو إذ عد أكل الخنزير للقاذورات علة أو حكمة لتحريمه - وإن لم يترتب عليه ضرر ... فكيف إذا ترتب عليه ضرر بالغ ...

وأما كون لحم الخنزير ضاراً . . فهذا أثبته علم التشريح ، والطب . . وجل ضرره ناشىء من أكله القاذورات التى تتوالد فيها (الديدان الشريطية) ، كما أنها تولد فى جسمه دودة أخرى يسميها الأطباء (الشعرة الحلزونية) ، وهى تسرى إلى جسم الخنزير من أكله الفئران الميتة (١)... ومن أضراره أن لحمه أعسر اللحوم هضما ، لكثرة الشحوم فى أليافه العضلية ... وقد تحول الأنسجة الدهنية التى فيه دون عصير المعدة ، فيعسر هضم المواد الزلالية للفضلات ، فتتعب معدة آكله ، ويشعر بثقل فى بطنه ، واضطراب فى قلبه ، فإن ذرعه القىء (غلبه) قذف هذه المواد الخبيثة ... وإلا تهيجت الأمعاء ، وأصيب بالإسهال .

ولولا العادة التى تسهل على كثير من الناس تناول السموم : أكلا وشربا ، وتدخينا ... ولولا مايعالجون به لحوم الخنزير لتخفيف ضرره .. لما أمكن للناس أن يأكلوه ، ولاسيما أهل البلاد الحارة !!

فإن قيل إن آية الأنعام(٢) عللت تحريم أكل لحم الخنزير بكونه رجسا. فهل معنى ذلك أن أكله محرم للقذر ؟ أو لما فيه من الضرر ؟

فالجواب . . أن لفظ (الرجس) يطلق على كل ضار . . مستقبح . . حساً

---

(١) انظر الطب النبوى لابن القيم ص ١٣

(٢) انظر الآية ١٤٥ من سورة الانعام .

أو معنى . . فيسمى (النجس) رجسا . . ويسمى (الضار) رجسا . . ومن الأخير قوله تعالى : « إنما الخمر ، والميسر ، والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه !! » .

الرابع . ما أهل لغير الله به ... وهذا هو الذى حرم لسبب دينى محض ، لا لأجل الصحة والنظافة كالثلاثة الماضية .

والمراد بما أهل لغير الله هو : ماذبح ، أو نحر على ذكر اسم غير اسم الله تعالى ، من المخلوقات التى يعظمها الناس تعظيما دينياً ، ويتقربون إلى معبوداتهم بهذه الذبائح . .

والإهلال : رفع الصوت . . يقال : أهل فلان بالحج إذا رفع صوته بالتلبية له ... ومنه : استهل الصبى : إذا صرخ عند الولادة .

وكانوا فى الجاهلية — يذبحون لأصنامهم ، فيرفعون صوتهم — عندالذبح — بقولهم : باسم اللات .. أو باسم العزى !! .

وحكمة تحريم ما أهل به لغير الله هى . . أن هذا من عبادة غير الله تعالى .. فالأكل منه يعتبر مشاركة لأهله ، ومشايعة لهم عليه ، (ورفع الصوت) ليس هو علة التحريم ، ولا شرطا له . . بل هو لبيان الواقع ،

وإنما سبب التحريم ما ذكرناه من كونه عبادة لغير الله ... ويدخل فيما أهل به لغير الله ما ذكر عند ذبحه اسم نبى . . أو ولى ، كما يفعل بعض أهل الكتاب . . وجهلة المسلمين !! .

الخامس ... المنخنقة . . قال صاحب القاموس :(خنقه خنقا — ككتف، وخنقا ... ومخنوقة ، وخنوق .. والمخنقت الشاة بنفسها) .

وقد روى ابن جرير الطبرى — فى تفسير المنخنقة — أقوالا عن مفسرى

السلف[1] ، فى هذا المعنى ... وأولى هذه الأقوال بالصواب قول من قال : — (هى التى تخنق : إما فى وثاقها ، أو بإدخال رأسها فى الموضع الذى لا تقدر على التخلص منه ، فتختنق حتى تموت) ...

وإنما قلنا إن ذلك (أولى بالصواب) فى تأويل ذلك من غيره ، لأن المنخنقة هى الموصوفة (بالانخناق) دون خنق غيرها لها .

ويخطىء من يقول : إن فعل الانخناق - هنا - مما يسمونه أفعال المطاوعة كما قال الصرفيون فى مثل : كسرته فانكسر ... وهذا فهم غير دقيق ، لأن العربى إنما يقول : انكسر الشىء .. إذا كان يعلم أنه انكسر بنفسه ، أو يجهل من كسره ... إلا إذا كان المقام مقام تعبير عن شىء تعذر كسره على الكاسرين ثم انكسر بفعل أحدهم ... وهذا لا يتأتى إلا فى بعض المراد .

وأرى أنه فى (مادة الخنق) ما يفهم - من عبارة القاموس - أن مطاوع (خنق هو اختنق) من (الافتعال) ... وأن (انخنق) لا يفهم منه إلا ماكان بفعل الحيوان نفسه - كما قال ابن جرير .

فالمنخنقة - بهذا المعنى - من قبيل ما مات حتف أنفه ، من حيث أنه لم يمت بتزكية الإنسان له ، لأجل أكله ، فهى داخلة فى عموم (الميتة) بالمعنى الشرعى الذى بيناه من قبل .

والحكمة من هذا التحريم هى : تعظيم شأن (القصد) فى الأمور كلها ، ليكون الإنسان معتمدا على كسبه ، وسعيه ، فإن التذكية عبارة عن إزهاق روح الحيوان لأجل أكله - وله صور وكيفيات كثيرة - والميت حتف أنفه يغلب عليه أن يموت لمرض ، أو أكل نبات سام ، وبذلك يكون لحمه ضارا ... وكذا إذا مات من شدة الضعف ، وانحلال الطبيعة ... أضف إلى ذلك استقذار ما مات (مخنوقا) عند الطباع السليمة ، واستخباث أكله واعتباره مهانة تنافر عزة النفس وكرامتها .

---

(١) انظر : تفسير ابن جرير الطبرى ج ٧ ص ٢٢٣ .
وانظر بحثا لنا فى المطبوعات والاعذار الشرعية ص ٧٥ .

وإنما خص القرآن الكريم (المنخنقة) بالذكر ، لأن بعض العرب - فى الجاهلية - كانوا يأكلونها ... ولئلا يشتبه فيها بعض الناس بهم ، لأن لموتها سببا معروفا -

وإنما العبرة فى الشرع بالتذكية التى تكون بقصد الإنسان ، لأجل الأكل ، حتى يكون واثقا من (صحة البهيمة) التى يريد التغذى بها .

ولو أراد الله (بالمخنقة) . . المخنوقة بفعل الانسان ... لعبر بلفظ (المخنوقة) لأنه حينئذ يفيد أن (الخنق) - وإن كان ضربا من التذكية بفعل الفاعل - إلا أنه لا يحل ... ويفهم منه تحريم (المنخنق) بالأولى .. بل يفهم هذا عن لفظ (الميتة) - كما قلنا .

فالعدول إلى لفظ (المنخنقة) لا تعقل له حكمة إلا الإشعار بكون (المنخنقة) فى معنى الميتة !! .

السادس : الموقوذة ... وهى التى ضربت بشىء غير محدد (أى ليس له حد كحد السكين) حتى انحلت قواها ، وماتت .

قال فالقاموس : الوقذ : شدة الضرب قال شارحه : وفى المصادر للمصنف: الموقوذة هى التى تقتل بعصا ، أو بحجارة لا حد لها ، فتموت بلا ذكاة . . ا . هـ . وشاة وقيذ ، وموقوذة . . والوقذ أيضاً الشديد المرض، المشرف على الموت !!

وما نقله ابن جرير من أقوال مفسرى السلف(١) موافق لهذا ، وهو أن الوقيذ ما ضرب بالخشب ، أو بالعصا ، وكانوا يأكلونها فى الجاهلية .

والوقذ محرم فى الاسلام ، لأنه تعذيب للحيوان ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله كتب الاحسان على كل شىء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ،

---

(١) انظر تفسير ابن جرير الطبرى ج ٧ ص ٢٢٣

وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ،وليحد أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته ، رواه أحمد، ومسلم ، وأصحاب السنن[1] .

فلما ن الوقذ محرما ، حرم ماقتل به ... ثم إن الموقوذة تدخل فى عموم الميتة الشرعية ، فإنها لم تذك تذكية شرعية لأجل الأكل .

والحكمة فى هذا التحريم .. أن يعرف الناس أن الشارع الحكيم يأمر بالمحافظة على حياة الحيوان ،وينهى عن تعذيبه ، أو تعريضه للعذاب ، ويعاقب من يتهاون فى ذلك بتحريم أكل الحيوان عليه كى لايتهاونوا فى حفظ حياته ، فان الرعاة - أحيانا - يغضبون على بعض البهائم ،فيقتلونه بالضرب ، ويحرشون بين البهائم، فيغرون الكبشين بالتناطح حتى يهلكا ، أو يكادا ... ومن كان يرعى أغنام غيره بالأجرة يقع له مثل ذلك أكثر ... ولو كان كل ماهلك بتلك الطريقة حلالا ... لما بعد أن يتعمد الرعاة ، وأمثالهم تعريض البهائم للهلاك ليأكلوها بعذر .

ثم إنه رحمة بنا وبالحيوان جعل الله سبحانه وتعالى بيننا قسمة عادلة ... فحرم علينا ماقتله الحيوان ... وما مات فى الخلاء بغير قصد منا ليبقى ذلك كله للحيوان يأكله ، لانها أمم أمثالنا ... وكأنه تعالى - لم يرض أن نأكل مالم نقصده، ولم نفكر فيه .

السابع : المتردية ... وهى التى تقع من مكان مرتفع ، أو منخفض فتموت ...قال ابن جرير : يعنى بذلك جل ثناؤه - وحرمت عليكم الميتة ترديا من جبل أو بئر ، أو غير ذلك ، وترديها رميها بنفسها من مكان عال شرف إلى أسفله) اه .

وهذا التفسير يدخل المتردية فى الميتة بحسب معناها الذى بيناه ، إذا لم يكن للإنسان عمل فى إماتتها ، ولا قصد به إلى أكلها .

---

(١) انظر : نيل الاوطار للشوكاني ج ٨ ص ١٦٠ .

الثامن : النطيحة .... وهي التي نطحتها ... ولا فرق بين أن تموت من نطحها لغيرها ... وبين أن تموت من نطح غيرها لها .

التاسع : ما أكل السبع .... أي ماقتله بعض سباع الوحوش ، كالأسد ، والذئب ليأكله ، وأكله منه ليس شرطا للتحريم فإن افتراسه إياه يلحقه بالميتة.... وكانوا في الجاهلية يأكلون فرائس السباع،وهو مما تأنفه النفس السوية ،والطباع السليمة ـ فحرمه الله تعالى .

ودل بذلك على أن سائر الأسباب التي يحدث عنها الموت للأنعام أو الطيور ـ دون أن يكون من فعل آدمي على وجه التذكية ـ تجعل أكلها محظوراً .

العاشر : — من محرمات الطعام — ماذبح على النصب ..

. قال مجاهد : النصب حجارة حول الكعبة تذبح عليها أهل الجاهلية ، ويبدلونها ـ إذا شاءوا ـ بحجارة أحب إليهم منها .

. وقال قتادة : والنصب حجارة كان أهل الجاهلية يعبدونها ، ويذبحون لها .. فنهى الله عن ذلك .

. وقال ابن عباس : أنصاب كانوا يذبحونها عليها ، ويهلون عليها .

ومن هذه النصوص الفقهية نقول : إن ماذبح على النصب هو من جنس ما أهل به لغير الله ... من حيث أنه يذبح بقصد العبادة لغير الله ، ولكنه أخص منه ... فما أهل به لغير الله قد يكون ذبح لصنم من الأصنام بعيدا عنه ، وعن النصب .. وماذبح على النصب لابد أن يذبح على تلك الحجارة أوعندها ، وينشر لحمه عليها .

وخلاصة ماتقدم ...أن النصب أحجار منصوبة كانوا يعبدونها ويقربون لها الذبائح .. فنهى الله تعالى عن أكل ماذبح على النصب ، لأنه مما أهل به لغير الله !!

والفرق بين النصب . . والصنم : أن الصنم يصور ، وينقش وليس كذلك النصب ، لأن النصب أحجار منصوبة ، وهذه خرافة من خرافات الجاهلية التى جاء الإسلام ليمحوها[1] .

— المطعومات المختلف فى حرمتها —

أما المطعومات المختلف فى حرمتها . . فالأصل فيها ما روى عن أبى ثعلبة الخشنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كل ذى ناب من السباع فأكله حرام » (رواه الجماعة إلا البخارى وأبا داود) .

وما رواه ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير » . (رواه الجماعة إلا البخارى والترمذى) .

وعن جابر — رضى الله عنه — عن رسول الله صلى الله عليه وسلم -قال: — حرم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم خيبر - لحوم الحمر إلا نسية ، ولحوم البغال ، وكل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير » (رواه أحمد والترمذى[2]) .

ويؤخذ من ظاهر الأحاديث تحريم كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير ... ومن قصر المحرمات من المطعومات على ما جاء محصوراً فى القرآن الكريم فقط : قال : إن النهى هنا — أى الوارد فى

(١) انظر : احكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٣٠٦ ، وآحكام القرآن للقرطبى ج ٦ ص ٥٧ . وتفسير آيات الاحكام للمرحوم الشيخ محمد على السايس ج ٣ ص ١٦٢ .

(٢) انظر هذه الأحاديث : فى نيل الاوطار حـ ٨ ص ١٣١ .

الأحاديث — نهى كراهة ... وهذا هو المشهور عن مذهب مالك ، كما قال ابن عربى [1] .

واختلف القائلون بالتحريم فى تفسير كلمتى (ذى الناب من السباع) (وذى المخلب من الطيور) ... فقال أبو حنيفة[2] : ـ السبع هو كل ما أكل اللحم... قالوا : فيدخل فيه ذو الناب من السباع الوحشية كالأسد ، والذئب ، والضبع ، والنمر ، والفهد ، والثعلب ، والقرد ، والفيل ، ونحو ذلك . إلا أنه اختلف فى بعض هذه الأنواع ، نظرا لاختلافهم فى تفسير كلمة (السبع) .

وقال الشافعى[3] : ـ السبع هو كل مايعدو على الناس والحيوان ... وعلى هـــذا يخرج الضبع ، والثعلب ، لأنهما لايعدوان على الناس . فهما حلالان عنده ... محرمان عند غيره ، نظرا لاختلافهم فى معنى كلمة (السبع) .

حكم الأكل من السباع . .

المشهور عند أكثر أهل العلم[4] ـ تحريم كل ذى ناب قوى من السباع ، يعدو به (وهى التى تضرب بأنيابها وتفترس) ... والدليل على ذلك أحاديث كثيرة منها :

١ — قوله صلى الله عليـــه وسلم « كل ذى ناب من السباع حرام ، فأكله حرام » .

---

(١) انظر ، أحكام القرآن لابن عربى ج ٢ ص ٥٣٦ .
(٢) انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٦٧١ .
(٣) انظر : المهذب لابى اسحق الشيرازى ج ١ ص ٢٤٩ .
(٤) انظر : حاشية الدسوقى ج ٢ ص ١٠٢ ، والقوانين الفقهية لابن جزى ص ١٩٢ ، وتحفة الطلاب ص ١٢٨ .

٢ ــ واحتجوا ثانيا بما صح عن عائشة رضى الله عنها (أنها سئلت عن أكل لحوم السباع فقرأت قول الله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه ـ إلا أن يكون ميتة ، أو دما مسفوحا ، أو لحم خنزير...الآية) .

٣ ــ وروى عن طريق جويبر عن الضحاك قال :ـ تلا ابن عباس هذه الآية : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما ... » قال : ما خلا هــذا فهو حلال .

٤ ــ وقالوا : روى الزهرى خبر « النهى عن كل ذى ناب من السباع » ، ثم قال : لم أسمع هذا من علمائنا بالحجاز . .

وقال بعضهم إنما نهى عنها من أجل ضرر لحمها .

ويجاب(١) عن ذلك كله بأن الآية التى احتجوا بها (مكية) . . وحديث التحريم بعد الهجرة . . مع أنهم يحرمون الحمر الأهلية ، وليست فى الآية . .

وأما قول عائشة ـ رضى الله عنها ـ فلا حجة لأحد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ... ولو أن عائشة رضى الله عنها ـ بلغها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ... لما خالفته .

وأما الرواية عن ابن عباس ... فهى ـ الأخرى ـ لاتصلح حجة ، لأنها من جويبر ـ وهو مالك ـ عن الضحاك ، وهو ضعيف ، وقد روى ـ نفسه ـ حديث : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير » الذى رواه الجماعة . .

وأما قول الزهرى : إنه لم يسمعه من علمائه بالحجاز . . فنقول فيه :ـ هب أن الزهرى لم يسمعه قط ... أترى أن السنة لا يؤخذ منها شىء حتى يعرفها الزهرى؟! إن هذا لم يسمع بمثله . . فكيف والزهرى لم يلتفت إلى أنه لم يسمعه من علمائه بالحجاز ؟ ! فلا يكون كلام الزهرى ـ حينئذ ـ حجة على الحديث .

---

(١) انظر المراجع السابقة .

وأما قولهم : إنما نهى عنها لضرر لحمها ... فلم يثبت عنه - صلى الله عليه وسلم - ذلك ... أى أنه نهى عن لحمها للضرر ، فضلا عن أن لحم الجمل الشارف (الضخم) والتيس الهرم أشد ضرراً من لحم الكلب ، والهر ، والفهد .

ثم ... هب أنه نهى عنها للضرر - كما قالوا - فهل ذلك ما يبطل النهى عنها صراحة ونصاً ؟(١)

الرأى الراجح عندنا : بعد أن علمت - أخى القارىء الكريم - أن أدلة المالكية ومن وافقهم . . لا تصلح حجة لما قالوه . . فيكون الرأى المقابل هو المعول عليه ؛ للأحاديث التى ثبتت ، وصحت عن رسول الله صلوات الله عليه... فيما رواه أبو ثعلبة الخشنى قال : « نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن أكل كل ذى ناب من السباع » متفق عليه .

وقال أبو هريرة - رضى الله عنه - إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : « أكل كل ذى ناب من السباع حرام » . . قال ابن عبد البر : هذا حديث ثابت صحيح مجمع على صحته ... وهذا نص صريح يخصص عموم الآيات ، فيدخل فى هذا الأسد ، والنمر ، والفهد ، والذئب ، والكلب ونحوه .

أما ذوات المخالب من الطير - ولا يسمى ذا مخلب من الطير عند العرب إلا الصائد بمخلبه وحده - فالمشهور عند أكثر الفقهاء(٢) : أن كل ذى مخلب من الطير حرام أكله (وهو الذى يعلق بمخالبها الشىء ويصيد به) ؛ لما روى عن ابن عباس - رضى الله عنه - « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - نهى عن كل ذى ناب من السباع وعن كل ذى مخلب من الطير ولا ينهى رسول الله ﷺ عن حلال . . وأباح المالكية أكل جوارح الطير ، واحتجوا بعموم الآيات المبيحة ،

(١) انظر : المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٤٠٠ ، ٤٠١ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٥٨٧ ، ٥٩٠ ، ونيل الأوطار للشوكانى جـ ٨ ص ١٣١ ، وبدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٧١ .

كقوله تعالى : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا »(١) . . وقوله سبحانه : « وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعاً »(٢) ... وقوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه »(٣) ... وقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم » . فكل شىء (حلال) ما لم يرد نص بتحريمه .

وقد طعن المالكية فى رواية ابن عباس : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كل ذى ناب من السباع ، وعن كل ذى مخلب من الطير » . . فقالوا : إن هذا الخبر لم يسمعه ميمون بن مهران من ابن عباس ، وإنما سمعه من سعيد بن جبير عن ابن عباس .

ويقول ابن حزم(٥) ـ رداً على هذه المقالة ـ : إن ميمون بن مهران سمعه من ابن عباس ، وسمعه أيضاً من سعيد بن جبير عن ابن عباس ـ رضى الله عنهم ـ فلم يسلم لهم ما قالوه ، وبقى الحديث سالما من الضعف .

والراجح فى نظرنا ... هو ما قاله جمهور الفقهاء(٦) ؛ لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه ـ « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع، وكل ذى مخلب من الطير » ... ولما رواه خالد بن الوليد ـ رضى الله عنه ـ قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ حرام عليكم الحمر الأهلية ، وكل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير » (رواهما أبو داود) .

ومحصلة هذا الاختلاف ... أنه قد اختلف فى بعض سباع الوحش ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٩.

(٢) سورة الجاثية آية ١٣.

(٣) سورة الأنعام من آية ١٤٥.

(٤) سورة الأنعام من آية ١١٩.

(٥) انظر المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥.

(٦) انظر المراجع السابقة.

والطير ، نظراً لاختلافهم فى تفسير كلمتى (ذى الناب من السباع ، وذى المخلب من الطير) كما سبق .

(أ) فمن الفقهاء من يعد بعضها من ذوات الأنياب .. فتكون سباعا محرمة .. أو من ذوات المخالب فتكون طيوراً محرمة .

(ب) والبعض الآخر قد لا يعدها كذلك - أى لا يعتبرها من ذوات الانياب فلا تكون سباعاً محرمة .. ولا ذات مخالب .. فلا تكون طيوراً محرمة .

وبعد تلك المقدمة الطويلة عن بيان (المحرمات من المطعومات (المتفق على تحريمها .. والمختلف فيه ... أقول :

إن هناك مطعومات أخرى غير تلك .. لم يرد نص من الشارع عنها ، أى سكت الشارع عن بيانها ... فما حكمها فى هذه الحالة ؟

وهذا ما اخترت له عنوان : حكم المطعومات المسكوت عنها ... ويعبر عنه الفقهاء (بالمسكوت عنه) . .

وحكمه ... أنه ينظر فيه : فإن كان مما تستطيبه العرب حل أكله وإن كان مما لا تستطيبه العرب لم يحل أكله ... لقوله عز وجل :

« ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث »[1] ... والطيبات من الطعام ما تستطيبه النفوس السليمة ، والفطرة المعتدلة بمقتضى طبعها ، فتأكله باشتهاء ، وما أكله الإنسان باشتهاء ورغبة فهو الذى يسيغه ، ويهضمه بسهولة ، فيتغذى به غذاء صالحاً ... وما يستخبثه ، ويعافه لا يسهل هضمه عليه ، ولا ينال منه غذاء صالحاً ، بل يضره غالباً . .

فما حرمه الله خبيث ... بشهادة الموافقة لفطرته التى فطر الله الناس عليها ، وما زال السواد الأعظم من أصحاب الطباع السليمة ، والفطر المعتدلة يعافون أكل الميتة حتف أنفها ، وما ماثلها من فرائس السباع ، والمترديات ، والنطائح ،

---

(١) سورة الأعراف آية ١٥٧ .

ونحوها ... وكذلك الدم المسفوح .. وأكل لحم الخنزير فإنما يعافه من يعرف ضرره، وإسهامه في أكل الأقذار .

ونلخص القول هنا فنقول : إن ما لا نص فيه على حله ، أو حرمته وسكت عنه .. قسمان :

(أ) طيب حلال تستطيبه النفس وتأكله .

(ب) وخبيث حرام تستقذره النفس ، وتستخبثه ، وتعافه ، ولا تأكله .. وهل العبرة - في التفريق بينهما - بذوق أصحاب الطباع السليمة ؟ أو يعمل كل أناس بحسب ذوقهم ؟

كل من الوجهين - محتمل ... وأرى أن الموافق لحكمة التحريم هو الثاني ... وهو أنه يحرم على كل أحد أن يأكل ما تستخبثه نفسه ، وتعافه ، لأنه يضره ، ولا يصلح لتغذيته ... ولذلك قال بعض الحكماء :

ما أكلته وأنت تشتهيه فقد أكلته ... وما أكلته وأنت لا تشتهيه فقد أكلك ! ! ..

وما قيل[١] من أن الذين تعتبر (استطابتهم ، واستخباثهم) هم أهل الحجاز فقط دون غيرهم ، لأنهم الذين نزل عليهم الكتاب ، وخوطبوا به ، وبالسنة ... فيرجع في مطلق (ألفاظهما) إلى عرفهم .. دون الأجلاف من أهل البادية ... والفقراء ... وأهل الضرورة الذين يأكلون ما وجدوا ... وما وجد في أمصار المسلمين - مما لا يعرفه أهل الحجاز - رد إلى أقرب ما يشبهه في الحجاز ، فإن لم يشبه شيئاً منها فهو مباح ، لدخوله في عموم قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحي إلى محرما على طاعم يطعمه ، إلا أن يكون ميتة ، أو دما مسفوحا ، أو لحم خنزير ... الآية »[٢] ولقوله - صلى الله عليه وسلم - جوابا على من سأله عن

---

(١) انظر : المهذب جـ ١: ص ٢٤٩ .

(٢) سورة الانعام من آية ١٤٥ .

بعض المطعومات : « الحلال ما أحله الله فى كتابه ... والحرام ما حرمه الله فى كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه »[١] .

ما قيل عن هذا فإنه يجاب عليه بأن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ (عاف أكل الضب) بأنه ليس فى أرض قومه ، وأذن لغيره فى أكله[٢] .

ومعنى ذلك أنه لم يحكم بذوق قوم على ذوق قوم غيرهم ... وليس هذا أمراً يتعلق باللغة ... حتى لا يقال : إنهم هم الذين خوطبوا بهذا أولا ، فالعبرة بما يفهمونه منه ، والناس تبع لهم فيه ... بل هو أمر متعلق بالأذواق والطباع .

وعلى هذا فالمعنى أنه أحل ما يستطاب أكله ، ويشتهى ... دون ما يستخبث ويعاف ! ! وحينئذ تكون العبرة بالسواد الأعظم من ذوى الطباع السليمة لا ذوى الضرورات ، والمعيشة الشاذة[٣] .

وأرى أنه — ختاماً لهذا الموضوع — ينبغى أن أتعرض لقاعدة فقهية هى : — هل الأصل فى الأشياء الإباحة ؟ لأن المطعومات :

(أ) منها ماورد النص بإباحته ... وهو بهيمة الأنعام ، ومايشبهها ، لقوله تعالى : ـ « أحلت لكم بهيمة الأنعام . . . »[٤] . . وصيد البر ، والبحر ، لقوله تعالى : ـ « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما . . . »[٥] ... وما كانت العرب تسميه طيباً ، لقوله تعالى : ـ « ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث »[٦] .

---

(١) سبق تخريجه .
(٢) انظر المهذب جـ ١ ص ٢٤٧ — ٢٤٩ .
(٣) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٥٨٥ ، المهذب جـ ١ ص ٢٤٧ هـ
(٤) سورة المائدة الآية الاولى .
(٥) سورة المائدة آية ٩٦ .
(٦) الاعراف — آية ١٥٧ .

(ب) ومنها ما سكت عنه الشارع ، فلم يرد فيـــه نص بتحريمه ، ولم تستخبثه العرب ... فإنه فى هذه الحالة يرجع إلى الأصل وهو : — أن الاصل فى الأشياء الإباحة .

وتلك مناسبة تقودنا إلى الكلام عن قاعدة : الأصل فى الأشياء الإباحة إلا ما ورد نص بتحريمه ... للتدليل على ما ذكرنا .

وأبيان ذلك نعود إلى سؤال : هل الأصل فى الأشياء والأفعال هو الإباحة.. أو التحريم ؟

اختلف فى هذه المسألة اختلاف ... ونحن نلخصه فيما يلى : —

إن الأشياء - والأعيان ، والتصرفات ، والأفعال التى لم يرد بشأنها نص فى الشريعة ... هل هى مباحة ؟ أو محرمة ؟ .

١ - قال بعض المعتزلة ، وبعض الحنابلة .. الأصل فيها الحظر ، والمنع .

٢ - وقال آخرون : نتوقف فى إصدار الحكم حتى يظهر دليل ، إذ لاندرى: هل هناك حكم أم لا ؟ ... وهذا الرأى لأبى الحسن من الحنابلة ، وآخرين .

٣ - وقال بعض الشافعية : الأصل فى الأشياء النافعة هو الإباحـــة , وفى الأشياء الضارة هو الحرمة .

٤ - والمختار عند جمهور الحنفية ، والشافعية ، وبعض الحنابلة هو : أن الأصل فى الأشياء الإباحة ...

وقد دعم كل فريق رأيه بأدلة طال شرحها ، ولكنها لاتخلو من الضعف (١) .

إلا أننا نميل إلى الرأى القائل بأن الأصل فى كل الأشياء والأفعال - التى لم يرد نص بشأنها - هو الإباحة ، للأدلة الآتية : -

أولا : - قوله تعالى : « هو الذى خلق لكم مافى الارض جميعاً ... » (٢) .

---

(١) انظر : الاسنوى ج ٢ ص ١١٩ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٩ .

ووجه الدلالة فى هذه الآية .. أن الله تعالى أخبر بأن جميع المخـلوقات الأرضية هى للعباد ، لأن (ما) موضوعة (للعموم) ... و (اللام) فى « لكم » تفيد الاختصاص - على جهة الانتفاع - للمخاطبين ... أى أن ذلك مختص بكم ، فيلزم منه أن يكون الانتفاع بجميع المخلوقات .

ثانيا : - قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه ، إلا أن يكون ميتة ، أو دماً مسفوحا ، أو لحم خنزير .. » (١)

ووجه الدلالة فى هذا النص الكريم هو : أن الله تعالى جعل الأصل هو (الإباحة) ... والتحريم مستثنى كما هو واضح من النص .

ثالثا : - قوله تعالى : - « وما خلقنا السماء والأرض ، وما بينهما لاعبين » .

ووجه الاستدلال هنا ... أن الله سبحانه - خلق الأشياء لحكمة ، وهى انتفاع المخلوقات بها .

رابعا : - ما ورد عن النبى - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : « ما أحل الله فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئا » !! (أخرجه البزار ، والطبرانى من حديث أبى الدرداء ، بسند حسن ، فدل هذا الحديث على أن المسكوت عنه مباح ، معفو عنه .

خامسا : - روى الطبرانى - أيضاً - من حديث أبى ثعلبة ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء - رحمة بكم - غير نسيان - فلا تتكلفوها - رحمة بكم ؟ : فاقبلوها » .

ويدل هذا الحديث دلالة واضحة على أن المسكوت عنه مباح معفو عنه .

(١) سورة الانعام آية ١٤٥ .
(٢) سورة الانبياء آية ١٦ .

سادساً : ـ ما رواه الترمذى ، وابن ماجة — من حديث سليمان : أنه صلى الله عليه سلم سئل عن الجبن ، والسمن ، والفراء ، فقال : « الحلال ما أحله الله فى كتابه ، والحرام ما حرمه الله فى كتابه ، وماسكت عنه فهو مما عفا عنه» .. والحديث مروى بعدة طرق .

فالرسول عليه الصلاة والسلام ينبه — هنا — إلى قاعدة يعرف بواسطتها الحلال ، والحرام ... وهى أنه يكفى معرفة (ماحرم الله) فيكون كل ما عداه (حلالا طيبا) .

ومن هذه الادلة — وغيرها — نرى أن المسكوت عنه ، ولم يرد فيه نص ، ولم ترشدنا إليه آية ، أو حديث ... يكون مباحاً حلالا ، لقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم » ، وما كان وراء هذا التفصيل فالأصل فيه عدم التحريم . .

وهذا فقط فى (غير العبادات) أما العبادات فلها صفة دينية محضة ، والتشريع فيها لله وحدة ... ومن هنا قرر الفقهاء تلك القاعدة الفقهية : (لا نشرع عبادة إلا بشرع الله ، ولاتحرم عادة إلا بتحريم الله) .

هذا ... وقد تفرع على قاعدة : (الأصل فى الاشياء الإباحة) فروع فقهية(١) ... منها : ـ

١ — الحيوان المشكل أمره ... فإنه يكون مباحاً لهذه القاعدة .

٢ — النبات المجهول تسميته ... يكون حلالا .

٣ — النهر .. إذا يعرف حاله : هل هو مباح ؟ أو مملوك لأحد . . هل يجرى عليه الإباحة .. أو الحظر ؟

---

(١) أنظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٦ ، ٦٧ .

٤ — الزرافة (وهى الحيوان المعروف) . . يحل أكلها ؛ لأن الأصل الإباحة ، وليس لها ناب كاسر . . فلا تشملها أدلة التحريم . .

ومن كل ما ذكرنا تكون قد علمت — أخى القارىء الكريم — مدى أهمية هذه القاعدة ، وارتباطها بالباب المذكور(١) ... والله أعلم . .

---

(٢) انظر : نيل الاوطار جـ٨ ص ١٠٦ ، ١٠٨ — ارشـاد الفحول للشوكانى ص ٢٥١ — نهاية السول للاسنوى جـ٣ ص ١٥٢ — اصـول الفقه للمرحوم الشيخ الخضرى ص ٣٤٤ — نظرية الاباحة للعالم الدكتور محمد سلام مدكور ص ٤٤ ، ٦٢ .

المبحث الثالث

السكوت ... وأثره على الإجماع

قبل الكلام على (السكوت) وأثره على الإجماع . . ينبغى أن نتصور الإجماع — عن طريق تعريفه . . . وحجيته ... وأنواعه . . وبعد ذلك نتكلم على (الإجماع السكوتى) .

١ — تعريف الإجماع . . . الإجماع فى اللغة : العزم . . يقال : أجمع فلان على كذا . . إذا عزم عليه ، ومنه قوله تعالى : « فأجمعوا أمركم [١] » أى اعزموا عليه . . . وقوله — عليه الصلاة والسلام — « لاصيام لمن لم يجمع الصيام من الليل » أى لم يعزم عليه .

ومن معانيه — فى اللغة — الاتفاق . . ومنه قولهم : أجمع القوم على كذا ، أى اتفقوا عليه .

والفرق بين المعنيين : أن الإجماع — بالمعنى الاول — متصور من واحد . وبالمعنى الثانى . . لايتصور إلا من اثنين فأكثر [٢] .

٢ — أما تعريفه عند الأصوليين . . . فهم مختلفون فيه اختلافا كثيراً . . تبعا لاختلافهم فى كثير من مسائل الإجماع المتعلقة بأركانه ، وشروطه وأحكامه . .

فمن ذلك ما عرفه به صاحب كتاب فصول البدائع [٣] ، من أنه : (اتفاق

---

(١) سورة يونس الآية ٧١ .

(٢) انظر : كشف الاسرار للبذووى حـ ٣ ص ٧٣٧ ؟؟

(٣) انظر : فصول البدائع فى أصول الشرائع للامام محمد بن حمزة الفنارى ص ١٧٥ .

المجتهدين من أمة محمد — صلى الله عليه وسلم — فى عصر .. على حكم شرعى)

ويقرب من هذا التعريف تعريف الكمال بن الهمام صاحب التحرير بأنه : (اتفاق مجتهدى عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم — على أمر شرعى) (١) .

وبناء على ما تقدم لايوجد (الإجماع) إلا إذا حصل الاتفاق من المجتهدين فاتفاق غير المجتهدين لايكون إجماعا ، لأنه لا يستند إلى دليل ... وكذلك لابد أن يكون المجتهدون المجمعون من أمة محمد صلى الله عليه وسلم .. وإلا فلا عبرة باجماع غيرهم ، من الأمم الأخرى ... كذلك لابد أن يكون الإجماع على حكم شرعى ، مثل وجوب الزكاة .. وحل البيع ... وحرمة أكل أموال الناس بالباطل (٢) .

حجية الإجماع :

جمهور الأصوليين متفقون على أن « الإجماع الصريح » حجة قطعية ، وأنه متحقق ، ومتقرر ... وهو الدليل الثالث بعد الكتاب .. والسنة .

فكل مسألة اتفقت فيها آراء المجتهدين صراحة — على واحد ، فى عصر من العصور سواء أكان اتفاقهم بالقول .. أم بالفعل .. مجتمعين ، أو متفرقين فى أماكن مختلفة .. يكون هذا الحكم الواحد — المتفق عليه — قانونا شرعيا واجب الاتباع ، ولاتجوز مخالفته ، ولا يجوز للمجتهدين فى عصر آخر أن يجعلوا هذه المسألة — موضع اجتهاد ، أو محلا للنزاع ، ولايلتفت إلى ماخالفه من الأدلة الظنية .

---

(١) انظر : التحرير فى أصول الفقه — للعلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد — الشهير بابن الهمام جـ ص ٢٣٥ .

(٢) انظر : حاشية الشيخ بخيت على الاسنوى جـ ٢ ص ٨٠٢ ، والتلويح جـ ٢ ص ٤١ .

ويخالف فى ذلك الخوارج .. والشيعة .. وبعض المعتزلة :

١ — أما الخوارج .. فإنهم يرون حجية إجماع الصحابة — قبل الفرقة ... أما بعدها فلا حجية فى إجماعهم ...

وفى غير عصر الصحابة لايتحقق إجماع وغير إجماع طائفتهم ، فإن الإجماع المعتبر كدليل شرعى ... هو إجماع المؤمنين ... وهم يزعمون أنهم هم المؤمنون دون سواهم !!

ومن هذا يتضح أنهم يعترفون بالإجماع ... وبحجيته — وإن قصروه على بعض صوره !!

٢ — وأما الشيعة ... فقد أنكروه ، إذ أن مذهبهم ، أنه من لابد من إمام معصوم فى كل عصر ... وقول الإمام — عندهم — هو الحجة ، فلو وافقه غيره لم يكتسب — قول هذا الغير — بهذه الموافقة — الحجية .

وعلى هذا فلا يتحقق إجماع عندهم !!

٣ — وقد نسب إلى (النظام) من المعتزلة .. استحالة الإجماع — عادة — لتفرق المجتهدين فى بلاد متباعدة ... ولعدم معرفة أشخاصهم ، فضلا عن معرفة آرائهم ... ومن ثم لايكون الإجماع دليلا — عنده (١) .

(الدليل على حجية الاجماع)

لاسبيل إلى حجية الإجماع إلا بالكتاب .. والسنة المتواترة ، إذ لايمكن إثبات الإجماع بالإجماع .

١ — أما الأدلة على حجية الاجماع من كتاب الله تعالى : — فقد جاء فى أكثر من آية مايفيد وجود الرد إلى كتاب الله ، وسنة رسوله — صلى الله عليه وسلم — فى كل أمر يحصل فيه اختلاف بين المسلمين أو تنازع فى حكمه .

---

(١) انظر شرح المنار فى الاصول ، لابن ملك ص ٤٨ ، ٥٠ — وسلم الوصول الى علم الاصول ص ٢٧ ، ٢٨ .

ومفهوم هذا : أن ما اتفقوا عليه يكون حقا ... يلزم اتباعه ، والعمل بمقتضاه ...

(ا) ومن هذه الآيات : قوله تعالى : « فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله ، والرسول » (١).

(ب) ومن أقوى الأدلة على حجية الإجماع : أن الله تعالى — كما أمر المؤمنين بطاعته ، وطاعة رسوله ـ أمرهم بطاعة أولى الأمر منهم ... وطاعة الله ورسوله واجبة بنص الكتاب ، فتكون طاعة أولى الأمر واجبة كذلك .. وأولو الأمر هم أصحاب الشأن — سواء أكان شأنا دينيا أم شأنا دنيويا — وأولو الأمر الدينى هم العلماء المجتهدون ، وأهل الفتيا وأولو الأمر الدنيوى هم رؤساء الدول ، والرؤساء المباشرون فى كل موقع ..

يقول الله عز وجل : « ولو ردوه إلى الرسول ، وإلى أولى الأمر منهم ، لعلمه الذين يستنبطونه منهم (٢) .

فإذا أجمع أولو الأمر فى التشريع — على حكم ، وجب اتباعه ، وتنفيذه بنص القرآن ، حيث قال سبحانه : « يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله ، وأطيعوا الرسول ، وأولى الأمر منكم » (٣)

(ج) أن الله تعالى عدل المسلمين ، حيث جعلهم شهوداً على الأمم السابقة .. وعدالتهم تقتضى لزوم عصمتهم من الخطأ — فيما يجمعون عليه — سواء فى ذلك القول ، أو الفعل ، لأن الله تعالى — الذى يعلم خائنة الأعين ، وماتخفى الصدور لا يثبت لهم العدالة مع علمه بارتكابهم المعاصى !! .

كما أن الله تعالى جعلهم أمة وسطا ، معتدلة بين الأمم — لا إفراط ولا تفريط

---

(١) سورة النساء آية ٥٩ .

(٢) سورة النساء آية ٨٣ .

(٣) سورة النساء آية ٥٩ .

والذى من شأنه الاعتدال فى أموره يكون معصوما فى كل أمر يصدر عن اتفاق تام ، ويجمع عليه أولو هذا الأمر .

وفى هذا يقول جل جلاله : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا ، لتكونوا شهداء على الناس [1] ».

٢ — وأما أدلة حجية الإجماع — من السنة . . فقد تظاهرت الروايات عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بألفاظ مختلفة — مع اتفاق المعنى ... كما اشتهر عن الصحابة — رضوان الله عليهم — أن لاتجمع على الخطأ ... فيجب اتباع ما أجمعوا عليه [2] .

(ا) ومن ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم : — « إن الله تعالى لايجمع أمتى على ضلالة ، ويد الله مع الجماعة ، ومن شذ . . شذ إلى النار !! » .

(ب) وفى رواية : «إن الله لايجمع أمر هذه الأمة على ضلالة ، وإن يد الله مع الجماعة ، فاتبعوا السواد الأعظم ، فإن من شذ .. شذ فى النار) !!

(ج) وفى رواية ابن ماجة : « ان أمتى لاتجمع على ضلالة ، فاذا رأيتم الاختلاف فعليكم بالسواد الأعظم »

(د) ورواه الحاكم بلفظ : « لايجمع الله الأمة على ضلالة ، ويد الله مع الجماعة » وبلفظ : « إن الله لايجمع جماعة محمد على ضلالة » [3]

---

(١) سورة البقرة آية ١٤٣ .

(٢) انظر : المستصفى للامام الغزالى ج ١ ص ١٧٦ . وتيسير التحرير ج ٣ ص ٢٥٨ .

(٣) هذا الحديث روى بألفاظ متقاربة فى الدلالة : قال صاحب التعزيز ، والتحبير : (قال شيخنا الحافظ ابن حجر : ورجاله رجال الصحيح ، الا أنه معلول : علته) انظر التقرير والتحبير ج ٣ ص ٨٥ .

(أنواع الإجماع)

الإجماع من جهة كيفية حصوله ثلاثة أنواع (١) : -

(١) الإجماع العملى . (٢) الإجماع القولى الصريح ، (٣) الإجماع السكوتى.

(١) أما الإجماع العملى ... فهو أن يتعامل المجتهدون جميعاً - فى عصر - (بالمسافاة) مثلا ... فإن عملهم هذا يدل على (جواز) المجمع عليه ، ولا يفيد (الوجوب) إلا بقرينة تدل على الوجوب .

يرشد إلى هذا ماروى عن أبى عبيدة السلمانى أنه قال : (ما اجتمع أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كاجتماعهم على الاربع - قبل الظهر) ، فإنه ظاهر فى هذا . . الإجماع . . على الدلالة على الوجوب ، لأن الأربع ركعات - قبل الظهر سنة ، باتفاق .

(٢) وأما الإجماع القولى الصريح ... فهو أن يتفق جميع مجتهدى العصر على حكم واقعة ... بإبداء كل منهم رأيه صراحة ، فى مجلس واحد ... أو يبين أحدهم أحدهم حكمها ! ويذكر غيره فيها - أو فى مثلها - مثل هذا الحكم ، ويصدر ثالث فتوى ، أو قضاء ... ولو لم يجمعهم مجلس واحد ، ولا يشذ عن ذلك واحد منهم .

وذلك كإجماعهم على (خلافة أبى بكر) رضى الله عنه ، فقد بايعه جميع الصحابة بأيديهم . وأقروا ذلك بألسنتهم .

(٣) وأما الإجماع السكوتى — ويسمى بالإجماع القولى غير الصريح - فهو : - أن يبدى بعض المجتهدين - فى عصر - رأيه صراحة فى مسألة - بفتوى أو قضاء - ويسكت الباقى من المجتهدين - عن إبداء رأيه بالموافقة . . أو المخالفة - بعد علمه بالحكم (٢)

---

(١) وهناك أنواع أخرى للاجماع باعتبار اختلاف العلماء فيه : مثل (اجماع أهل المدينة — عند المالكية) (واجماع الشيخين — عند الخوارج) (واجماع الصحابة — عند الظاهرية) .

(٢) انظر : الاسنوى ، وحاشية بخيت جـ ٢ ص ٣٠٩ .

(حكم الإجماع)

١ — حكم النوع الأول : (وهو ما إذا اتفقوا على « عمل » . . ولم يصدر منهم « قول ») ففيه اتجاهات أربعة : —

(أ) الاتجاه الأول : أن الإجماع حجة ، كفعل النبي صلى الله عليه وسلم (١) وهو ما قطع به أبو اسحاق الشيرازى ... وفى المنخول (٢) : أنه المختار . . واستدلوا على ذلك بما يأتى : —

١ — بأن (العصمة) ثابتة لإجماعهم — كثبوتها للنبى صلى الله عليه وسلم ... ولما كان فعله صلى الله عليه وسلم حجة ... فكذلك اتفاقهم . . وهو المطلوب .

٢ — بأن (الشرع) يؤخذ من فعل النبي صلى الله عليه وسلم ... كما يؤخذ من قوله ، فكذلك المجمعون ، لأن الكل معصوم ... وشهدت النصوص لهم بالعصمة

---

(١) (فعل) النبى صلى الله عليه وسلم . . اما جبلى . . اى بحكم الخلق والتكوين . . كالقيام . والقعود ، ونحوهما . . ولا خلاف بين العلماء فى أنه مباح . . . واما غير جبلى : فان ظهرت أمارة اختصاصه به — صلى الله عليه وسلم — فهو خاص به — بالاتفاق — كوجوب قيامه الليل ، وزواجه بأكثر من أربعة . . ونحوهما .

وأما أفعاله — صلى الله عليه وسلم — فيما عدا ذلك . . فاما أن تظهر فيه القربة . . كركعتين قبل الظهر . . والاكل باليمين ، ونحوهما . . فان ظهرت قرينة تدل على صفته حمل عليها من وجوب أو غيره . . وان لم تظهر فقد اختلف فيه : فقيل بالوجوب . . . وقيل بغيره . . والراجح حمله على أولوية الفصل ، ورجحانه . . على الترك . . . وهو القدر المشترك بين الوجوب والندب . . . وبقى من أفعاله — صلى الله عليه وسلم — ما لم تظهر فيه القربة . . . والراجح فيه . حمله على أنه يدل على (مطلق الاذن الرافع للحظر . . . فيكون فعاله اما واجبا . . واما مندوبا . . واما مباحا . . ولا يجوز أن يكون مكروها ، ولا حراما بالاولى .

(اقتباس من كتابى : سلم الوصول لعلم الاصول ، للشيخ عبد العليم بن الشيخ محسن ابى حجاب — ص ٢٧ ، ٢٨ — وشرح المنار لابن ملك ص ٤٨ وما بعدها) .

(٢) المنخول للغزالى ص ٢٣٥ .

كما أن الأدلة المثبتة (لعصمة الأمة) لم تفرق ... فالتفرق تحكم لامبرر له [١].

(ب) الاتجاه الثانى . . أن الاتفاق فى الفعل ليس حجة ، ولا إجماعا ، — وهذا ماقاله إمام الحرمين عن القاضى . . . وتعقبه الزركشى : بأن الذى رآه - فى التقريب - (هو) التصريح بحجية دلالته على الجواز ، فقال : (كل ماأجمعت عليه الأمة يقع بوجهين : إما قول . . وإما فعل . . وكلاهما حجة) .

(جـ) الاتجاه الثالث : فيما إذا اتفقوا على عمل ، ولم تصدر منهم قول - هذا الاتجاه يرى - أن هذا العمل - يحمل على الاباحة . وما لم تقم قرينة على الندب . . . أو الوجوب - وهو لإمام الحرمين . ؟؟

(د) الاتجاه الرابع : - أن كل فعل لم يخرج مخرج الحكم والبيان... لا ينعقد به إجماع . . كما أن ما لم يخرج من أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم - مخرج الشرع لا يثبت فيه الشرع . . . وأما الذى خرج مخرج الحكم والبيان ، فيصح أن ينعقد به الاجماع . . وهذا الاتجاه لابن السمعانى . ؟؟

هذا . . ويلاحظ فى كل ذلك هل يشترط انقراض العصر ، أو عدم انقراضه؟

١ — فمن شرط انقراض العصر قال : لا يكون (الفعل) حجة إلا بانقراضه . .

٢ — ومن لم يشترطه . . فالفعل عنده حجة ، وإجماع . . وهذا هو الراجح [٢]

ومن يدقق النظر فى هذه الاتجاهات الأربعة ... يجد أن (الاتجاه الرابع) تكرار للاتجاه الأول . . . كما أن (الاتجاه الثانى) - بعد تحقيقه الذى نقله الزركشى - يرجع إلى الاتجاه الثالث ، إذ لا يمكن للقاضى أن يقول : إنه يدل على الجواز ، مع قرينة الوجوب . . أو الندب . .

---

(١) انظر : شرح المنار فى الاصول ، لابن ملك ص ٤٨ . والاحكام فى أصول الاحكام جـ ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) انظر التقرير والتحبير جـ ٣ ص ١٠٦ .

وغاية الأمر أن يقال : إن الدال هنا — هو القرينة ... ولكن المآل في الاتجاهين واحد .

إذاً ... فالتحقيق أن في المسألة اتجاهين :

الأول : أن (الاتفاق على الفعل) كزاولة هذا الفعل تماما في الدلالة على الحكم .

الثاني : أن (الاتفاق) يدل على الإباحة ، ولا يدل على غيرها إلا بقرينة ،

٢ — وأما النوع الثالث : (وهو الإجماع السكوتي) بأن يبدي بعض المجتهدين — في عصر — رأيه صراحة — في المسألة : بفتوى ، أو قضاء ... ويسكت الباقون عن إبداء آرائهم : بالموافقة ، أو بالمخالفة — بعد علمه بالحكم... ويمضي مدة تكفي للبحث ، والنظر — عادة — في مسألة اجتهادية تكليفية — ويكون السكوت مجرداً عن علامة الرضا ، أو عدم الرضا ... وبألا توجد شبهة في أنه سكت خوفاً ، أو ملقا ، أو استهزاءاً[1] .

ولكن — بعد وقوع الإجماع السكوتي ، وتوفر شروطه تلك — فهل يعتبر حجة ... أولا ؟ وهل دلالته على الأحكام قطعية ... أو ظنية ؟

اختلف العلماء في تحقيق تلك المسألة اختلافاً كبيراً — على النحو التالي : —

١ — المذهب الأول : أنه يعتبر إجماعا ... وحجة . قال بذلك أكثر الحنفية ، وأحمد ، وبعض الشافعية كأبي اسحاق الاسفراييني .

وروى نحوه عن الشافعي ... قال الرافعي — تبعا للقاضي حسين ، والمتولي:

(إن الإجماع السكوتي ليس خاصا بزمن دون زمن ، وهذا هو مذهب الجمهور) ؟ ؟

---

(١) انظر : الاسنوى ، وحاشـية الشيخ بخيت ج ٢ ص ٩٠٩ ، والابهاج على المنهاج ج ٢ ص ٢٥٤ ، وتيسير التحرير ج ٣ ص ٢٤٦ .

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

(ا) أنه لو شرط — لانعقاد الإجماع — التنصيص من كل واحد منهم ... لأدى ذلك إلى أن ينعقد الإجماع أبدا ، لتعذر اجتماع أهل العصر على قول يسمع منهم ... والمتعذر معفو عنه بالنص : « وما جعل عليكم فى الدين من حرج »[1] .

بل ان المعتاد فى كل عصر أن يتولى الكبار الفتوى ، ويسلم الباقون لهم ... فكان التنصيص من كل غير مشروط ... ولهذا قال السرخسى ما معناه[2] : (من ادعى أن الإجماع لا يكون إلا فيما اتفق عليه الناس جميعا — كما اتفقوا على موضع الكعبة ، والصفا والمروة — قلنا له : بأى طريق عرفت إجماع المسلمين على هذا ؟ ... فإن قال : بالسماع من كل واحد ... كان كاذبا بيقين ... وإن قال : بتنصيص البعض ، وسكوت الباقين عن إظهار الخلاف ... قلنا له : كما ثبت ذلك بطريق إجماعهم ، فكذلك يثبت به فى الأحكام الشرعية) .

ولقائل أن يقول : إن التنصيص من كل ... لا يؤدى إلى عدم انعقاد الإجماع ... ولا يتعذر معه السماع ، إذ قد ثبت الإجماع تنصيصا فى كثير من الأحكام المعلومة بالضرورة .

وغاية ما يقال : إن اشتراط التنصيص إنما يترتب عليه ندرة الاجماع ... لا تعذره ... ومن المعلوم أن الأحكام التى ثبتت بالإجماع القولى لا تنحصر كثرة ... فلم يكن ذلك إلا لأنهم اعتبروا السكوت كالتنصيص .

(ب) واستدلوا على ذلك — ثانيا — بأنه قد وقع الإجماع على أن السكوت معتبر فى المسائل الاعتقادية (أى يعتبر رضا ... فلا يحل السكوت فيها على باطل) فيقاس عليها المسائل الاجتهادية ، لأن (الحق) فى الموضعين ... واحد ،

---

(١) سورة الحج آية ٧٨ .

(١) انظر أصول السرخسى ج ١ ص ٣٣ .

فلذا لا يحل السكوت ... وترك الرد — هنا — إذا كان الحكم عنده — بخلافه ، لأن الساكت عن الحق شيطان أخرس — كما جاء فى الحديث الشريف .

وهذا لأن الحكم لو كان عنده بخلافه . . . لكان سكوته تركا للأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر . . . وقد شهد الله تعالى ـ لهذه الأمة ـ بأنها تأمر بالمعروف ، وتنهى عن المنكر ... إذ لو تصور منهم ترك الأمر بالمعروف لأدى ذلك إلى الخلف فى كلام الله تعالى . . وهو محال . . فوجب أن يحمل سكوتهم على ما يحل ... وعلى ما تدل عليه عدالتهم .

وما يحل ـ هنا ـ هو السكوت عن (الوفاق) لا (عن الخلاف) . إذا مضت ، مدة تقضى الحاجة فيها إلى التفكير .

(ج) واستدلوا ـ ثالثا ـ بأنه قد ثبت من الأدلة عدم اختصاص الإجماع بنوع دون نوع ، لأن الأدلة مطلقة . . . والتقييد لا دليل عليه .

فإن قيل : ربما يكون السكوت عن خوف ، أو تفكر . فلا يدل ـ حينئذ ـ على الرضا ، فإن ابن عباس خالف عمر فى مسألة (العول) ـ فى الميراث ـ فقيل له : هلا أظهرت حجتك على عمر ؟ ! فقال : كان مهيبا فهبته . . وأيضاً . . قد شاور عمر الصحابة ـ رضى الله عنه وعنهم ـ فى مال فضل عنده ـ للمسلمين ـ فأشاروا عليه بالإمساك به إلى وقت الحاجة ، وكان سيدنا على ساكتا . . فقال له سيدنا عمر : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فأمر بالقسمة ، وروى فيها حديثا عن النبى صلى الله عليه وسلم ـ فلم يجعل عمر سكوت سيدنا على تسليما . . . وكذلك أجاز على رضى الله عنه ـ السكوت . . . مع أن الحكم عنده بخلاف ما أفتوا . . . وأيضا قد روى أن عمر أشخص إلى امرأة ـ كان زوجها غائبا عنها ـ حينما بلغه عنها أنها تجالس الرجال ، وتحدثهم ـ فلما أشخص إليها ، ليمنعها من ذلك أملصت (أى تخلصت من جنين فى بطنها) من هيبته ـ فشاور الصحابة ، وأشاروا بأن لا غرم عليه ، وقالوا : ـ إنما أنت مؤدب . وما أردت إلا الخير . . . وعلى ساكت ـ فلما سأله ، قال على : أرى عليك الغرة ! ! . فقد أجاز على ـ رضى الله عنه ـ السكوت ،

مع إظهار الخلاف ، كذلك يجعل عدم سكوته دليلا على الموافقة ، حتى استنطاقه . . .

إن قيل ذلك . . أجيب عنه بما يأتي (١) : ـ

(أ) أما الأثر المروى عن ابن عباس . . . فمكذوب ، حيث أن الواقع يدل على خلافه . . . ذلك أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ـ كان يقدم ابن عباس على كثير من الصحابة . ويسأله ، ويمدحه ، ويأذن له مع أهل بدر . . حتى قال عبد الرحمن بن عوف . أتأذن لهذا الفتى معنا ـ وفى أبنائنا من هو مثله ؟ ! فقال عمر : إنه من قد علمتم !!

وأذن لهم ذات يوم ، وأذن لابن عباس معهم ـ وأراد بذلك إظهار فضل ابن عباس . . فسألهم عن قول الله تعالى : « إذا جاء نصر الله والفتح . . . » ـ إلى آخر السورة ـ فقال بعضهم ـ يفسرها ـ : أمر الله نبيه ـ إذا فتح عليه بأن يستغفره ، ويتوب إليه . . . فقال ـ سيدنا عمر ـ ما تقول يا ابن عباس ؟ فقال : ليس كذلك ، ولكن نعيت إليه نفسه !! فقال عمر ـ رضى الله عنه ـ ما أعلم فيها إلا مثل ما تعلم !! ثم قال ـ للصحابة ـ كيف تلوموننى عليه بعد ما ترون ؟! .

ومن هذا نقول : إن ابن عباس لا يهاب عمر ، الذى يقدمه ، ويعرف فضله . ويسأله ، ويصوب رأيه . . . فلا يقال بعد ذلك : إنه ترك إظهار رأيه مهابة لعمر !! .

أضف إلى هذا أن سيدنا عمر ـ رضى الله عنه ـ كان ألين لاستماع الحق ، سواء أكان من ابن عباس ، أم من غيره ، ولذا رجع ـ عندما أراد أن يمنع التغالى فى المهور — إلى قول المرأة التى حاجته بالآية : « وإن أردتم استبدال

---

(١) انظر : شرح التوضيح على التنقيح جـ ٢ ص ٣٢٩ .

زوج مكان زوج ، وآتيتم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئا ، أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا ؟ ! » (١)

وقال كلمته المعروفة : (كلكم أفقه من عمر حتى المخدرات) ... وهو القائل : (رحم الله امرأ أهدى إلى عيوبى) .. والقائل : (لا خير فيكم إن لم تقولوها — أى كلمة الحق — ولا خير فى إن لم أسمع ! !)

ولو سلمنا بصحة ما نقل عن سكوت ابن عباس تهيبا لعمر — فمن الجائز أن ابن عباس لم يظهر رأيه ، لأنه علم أن عمر أفقه منه ، وأن المسألة اجتهادية .. فلكل مذهبه . فلا يظهر رأيه فى مقابلة رأى عمر ، أو أنه كان فى (مدة التروى) ولم يظهر له وجه الحقيقة بعد .

(٢) وأما الأثر الثانى — وهو ما ورد فى القسمة — فربما سكت سيدنا على ، لأنه يرى أن الذين أفتوا (بإمساك المال) إلى وقت الحاجة .. كانوا على صواب . لأن للإمام أن يؤخر القسمة فيما يفضل عنده من المال ، ليكون معدا لنائبة تنوب المسلمين ... ولكن القسمة — فى رأى سيدنا على — كانت أحسن ، لأنها أقرب إلى إبراء الذمة .. بالتعجيل بأداء الأمانة ، وفى مثل هذه المواضع لا يجب إظهار الخلاف ، لأن الحكم غير خطأ ... إذ لو كان خطأ لأثم على سكوته حينئذ ... فلهذا سكت سيدنا على فى البداية . وحين سئل بين الأحسن .

(٣) وأما الأثر الثالث — وهو قولهم : فى الإملاص لا غرم عليك — فقد كان ذلك صوابا وحسنا ، لأنه لم يوجد من عمر مايوجب عليه الغرة ، إذ لا جناية منه ... ولكن إلزام عمر بالغرة كان أحسن صيانة له عن القيل والقال ... ورعاية لحسن الثناء ، وإظهاراً للعدل ... وسداً لباب الادعاء فيما يستقبل ، فلهذا سكت سيدنا على أولا عن قول من أفتوا بعدم الغرة ... ولما استنطقه

(١) سورة النساء آية ٢٠ .

عمر بين أولى الوجهين عنده ... على أن السكوت ـ جائز، تعظيما للجواب ، لأن المجلس مازال منعقدا للمشورة .. إلى غير ذلك مما يمكن أن يجاب به ...

فإن قيل : ربما سكت للخفاء عليه ، أو اعتقد أن كل مجتهد مصيب فى رأيه . فلا يرى السكوت حراما ؟ !

قلنا : أن الفتوى ـ إذا ظهرت ، واشتهرت بين العامة ـ لا يجوز أن تخفى على أقرانه ... وقد شرط فى الإجماع السكوتى أن تشتهر المسألة ، بحيث لا تخفى على أحد ..

وقد بين فى باب القياس : أن المجتهد يخطىء ويصيب ... وأن الحق ـ فى موضع الخلاف ـ واحد ، فسكوتهم — بعد علمهم بالفتوى — لا يجوز إذا كان الحكم عندهم خلاف ما بلغهم .

ولهذا نقول إنه تبين ان السكوت من الباقين يعتبر إقراراً للحكم ... وهذا مانرضاه ... ويدل عليه ما تقدم نقله عن السرخسى حيث قال : (١) (قد قال من لايعبأ بقوله ـ (إن) الإجماع الموجب للعلم ـ قطعا ـ لا يكون إلا فى مثل ما اتفق عليه الناس — من موضع الكعبة ، وموضع الصفا ، والمروة .. وما أشبه ذلك ... وهذا ضعيف جدا ...

فإنه يقال لهذا القائل :— بأى طريق عرفت (إجماع المسلمين على هذا ؟ أبطريق سماعك نصا من كل واحد من آحادهم ؟ فإن قال : نعم .. فقد ظهر للناس كذبه ! ! وإن قال : لا .. ولكن بتنصيص البعض ، وسكوت الباقين عن إظهار الخلاف .. فنقول (له) : كما ثبت بهذا الطريق الإجماع منهم على هذه الأشياء ، التى لايشك فيها أحد ... فكذلك يثبت الإجماع منهم بهذا الطريق فى الأحكام الشرعية ... والله أعلم) .

---

(١) انظر : أصول السرخسى جـ ١ ص ٣٠٦ ، ٣١٠ والأحكام للآمدى جـ ٢ ص ١٢٩ .

٢ — المذهب الثانى ... أنه ليس بإجماع ، ولا حجة ... وهو لداود الظاهرى وابن حزم ، واختاره القاضى الباقلانى ، وعزاه للشافعى ( ) .

---

(١) وقال : انه آخر أقوال الشافعى ، وقال الغزالى ، والرازى ، والآمدى : انه نص (مذهب) الشافعى فى الجديد ، وقال الجوينى : انه ظاهر مذهبه ، وجاء فى التحرير : وبه قال ابن أبان ، والباقلانى ، وادود وبعض المعتزلة .. قال الباجى : وهو قول أكثر المالكية ، وأكثر الشافعية ... وقال القاضى عبد الوهاب : هو الذى يقتضيه مذهب أصحابنا .. وقال ابن برهان : واليه ذهب كافة العلماء — منهم الكرخى ، ونصره ابن السمعانى ، وأبو زيد الدبوسى ... وقال الرافعى : — انه المشهور عن الاصحاب .. وقال النووى : انه الصواب من مذهب الشافعى وهو موجود فى كتب أصحابنا العراقيين فى الاصول ، ومقدمات كتبهم المبسوطة فى الفروع . اهـ .

وهذا القول صرح بل الشافعى فى (الرسالة) أيضا — لكن صرح فى موضع من (الام) . بخلافه ، فيحتمل أن يكون فى المسألة قولان كما ذكر ابن الحاجب وغيره — أو أن ينزل القولان على حالين : فالنفى على ما اذا صدر من حاكم ... والاثبات على ما اذا ثبت من غيره — مثلا .

وقال أبو اسحاق فى (اللمع) : انه اجماع على المذهب ... وجمع السبكى بين القولين بأن الاجماع المنفى .. هو القطعى — والمثبت .. هو الظنى ، وأن متقدمى الأصوليين لا يطلقون لفظ (الاجماع) الا على القطعى . اهـ . وأخذ هذا من قول غير واحد كالرويانى .. وأبى حامد الاسفرايينى .

مناقشة هذه الاقوال : — ان ما نقله الباجى من قوله : (وهو قول أكثر المالكية) .. وما قاله القاضى عبد الوهاب : (من انه — هو الذى يقتضيه مذهب أصحابنا) ... يدل على أن للمالكية قولين ، اذ كل من الباجى ، والقاضى عبد الوهاب .. ثقة .

وقد رأينا أن للشافعى — فيه — قولين .. فيكون قول ابن برهان : (واليه ذهب كافة العلماء) غير دقيق ، لاننا نقلنا عن العلماء أن منهم من يحتج

وقد استدلوا على أنه ليس باجماع .. ولا حجة .. بما يأتى :

(أ) بحديث (ذى اليدين)[1] ، وفيه أنه لما قال — النبى — صلى الله عليه وسلم — : أقصرت الصلاة ، أم نسيت يارسول الله ؟ .. نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم — إلى أبى بكر ، وعمر — رضى الله عنهما — وقال : « أحق مايقوله ذو اليدين »[2] ؟ .

= قال بخلاف ما قاله ابن برهان .. بل ان ابن السمعانى ، وأبا زيد الدبوسى — وهما من معاصرى ابن برهان — قالا : بأنه المشهور عند الاصحاب .. وقال النووى : انه الصواب .

وخلاصة هذه النقول : —

(١) أن من العلماء من يرى أن (السكوت) ليس باجماع ، ولا حجة .. من غير أن تختلف النقول عنهم .. وهؤلاء هم : الظاهرية .. والمرتضى .. وابن ابان .

(٢) ومنهم من اختلف النقل عنهم ... فمرة ينقل عنهم أنه (اجماع ، وحجة) ... ومرة ينقل عنهم أنه (ليس باجماع ، ولا حجة) .. وهؤلاء هم الحنفية ، والمالكية والشافعية ... غير أن الناقلين عن هؤلاء — قالوا باحتمال أن يكون لكل قولان ... أو أن يجمع بين هذين القولين : بتنزيل كل على حال ... وأحسن جمع فى ذلك ما قاله ابن السبكى .. من حمل (النفى) فى كلام الشافعى على (القطعى) ... وحمل (الاثبات) على الظنى ..

وأقول .. ان مثل هذا الجمع يتأتى فى كل من نقل عنه قولان كالحنفية .. والمالكية .

(١) انظر أصول السرخسى جـ ١ ص ٣٠٧ .

(٢) رواه أبو هريرة .. ولفظ الحديث هو : (عن أبى هريرة رضى الله عنه قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العصر ، فسلم من ركعتين، فقام الى خشبة معروضة فى المسجد ، فاتكأ عليها — كأنه غضبان — ووضع يده اليمنى على اليسرى ، وشبك بين أصابعه ، ووضع خده الايمن على ظهر كفه اليسرى — وفى القوم أبو بكر ، وعمر — رضى الله عنهما — فهاباه أن يكلماه ، وفى القوم رجل — وفى يده طول — يقال له : ذو اليدين — قال يارسول الله : أقصرت الصلاة ، أم نسيت ؟ فقال : كل ذلك لم يكن . فقال : قد كان بعض ذلك ، .. فأقبل على الناس =

ووجه الدلالة فى هذا الحديث : أنه لو كان السكوت دليل الموافقة .. لاكتفى به رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ولما استنطقهم فى الصلاة ، من غير حاجة فدل ذلك على أن السكوت ليس (رضا) .. فلا يكون إجماعا ، ولا حجة .

ويجاب عن الاستدلال بالحديث لايدرون.. بأن سكوتهم كان اكتفاء منهم بكلام ذى اليدين ، لأنهم كانوا مثله فى أنهم لايدرون أيهما وقع (القصر أو النسيان) فلما نفى ذلك بقوله :كل ذلك لم يكن . وطلب منهم الجواب . كان لهم الكلام .

(ب) بما قاله الصنعانى(١) — وادعى أنه لم يسبق إليه فى إبطال الإجماع السكوتى — وهو قوله : (إن السكوت من العلماء — على أمر وقع : من فعل محظور ، أو ترك واجب — لايدل على جواز ماوقع ... ولا على جواز ماترك إذ لايدل سكوتهم على أنه ليس بمنكر ، لأن مراتب الإنكار ثلاث . هى : اليد واللسان ، والقلب .. ولا يقال للساكت إنه (قد أجمع) إلا إذا علم رضاه بالواقع .. ولا يعلم ذلك إلا علام الغيوب) .

١ — ونرد على هذا بأن دعوى الصنعانى : أنه لم يسبق إليها — دعوى عريضة ، ولايسلم له بها ، إذ قد سبقه ابن حزم ، وغيره من القائلين (بعدم حجية الإجماع السكوتى) .. ومن المعلوم أن الصنعانى ولد فى عام ١٠٥٩ هـ ، وتوفى عام ١١٨٢ هـ ... أما ابن حزم فقد ولد سنة ٣٨٤ هـ — وتوفى سنة ٤٥٦ .. وقد نقل عن ابن حزم أنه قال : — (بطل قول من قال : إن ماصح عن طائفة من الصحابة — رضوان الله عليهم أجمعين — ولم يعرف من غيرهم وإنكار لذلك

فقال : أصدق ذو اليدين ؟ قالوا : نعم .. فتقدم ، فصلى ما ترك ، ثم سلم ، ثم كبر وسجد سجوده — أو أطول ثم رفع رأسه ، وكبر .. ثم كبر وسجد مثل سجوده — أول أطول — ثم رفع رأسه وكبر .. وقال عمران ابن حصين : ثم سلم) انظر : مصباح السنة للبغوي جـ ١ ص ٧٠ .

(١) انظر : سبل السلام للصنعانى جـ ٤ ص ٦٥ .

فانه منهم إجماع ، لأن ذلك قول بعض المؤمنين)[١] .

٢ — كما نرد على قوله : (إن مراتب الإنكار ثلاث ، وأن الإنكار بالقلب لايعلمه إلا علام الغيوب) . . نرد بأنه : إنما يسلم ذلك مالم تقم قرينة على الموافقة . . وقد سبق فى شروط الإجماع السكوتى مايكفى أن يكون قرينة .

هذا — فضلا — عما علم يقينا أن الصحابة ، والسلف الصالح لايكتفون بإنكار (المنكر بالقلب) ، لأنه مشروط بعدم استطاعته (الإنكار باليد أو باللسان) . فكانوا لايكتفون بإنكار القلب ، بل لابد من أن يعلنوه ، كإنكار المرأة على سيدنا عمر فى نهيه عن المغالاة فى المهور .

وبهذا بطلت دعواه المزعومة . .

٣ — المذهب الثالث : — أن السكوت حجة . . . وليس بإجماع . . قاله أبو هاشم — وهو أحد الوجهين عند الشافعى — وبه قال الصيرفى ، واختاره الآمدى . . . واستدلوا على ذلك بما يأتى : —

(ا) أن سكوتهم — مع الاحتمالات الممكنة — ينفى كونه (إجماعا) . . غير أنه لما كان يدل — ظاهراً — على الموافقة . . . كان (حجة) ويجب العمل به — كخبر الواحد ، والقياس .

وقد احتج الفقهاء بالقول المنتشر فى الصحابة — إذا لم يظهر له مخالف — فدل على أنهم اعتقدوه (حجة ظنية) .

مناقشة هذا الدليل : — يمكن رد هذا . . بأن (الاحتمالات) لاتعتبر إلا

---

(١) انظر : الاحكام فى أصول الاحكام : لابن حزم جـ ٤ ص ٥٣١ .

إذا قام عليها دليل .. وقد تقدم أن من القرائن ماينفى هذه الاحتمالات فيكون (حجة .. وإجماعا) ، اذ الأصل انتفاؤها ، لاسيما مع قرينة عدمها .. فيكون اجماعاً ، وحجة ظنية .

غاية الأمر أن المتقدمين قد لايسمونه (اجماعا) ، لأن الإجماع — عندهم لايطلق إلا على (القطعى) ، فيكون الخلاف فى التسمية .

٤ — المذهب الرابع : — التفريق بين (الفتوى) و (الحكم) .. فان كان السكوت إثر حكم حاكم ، أو قاض .. فهو إجماع .

وهذا هو رأى أبى إسحق المروزى ، وحكاه ابن القطان عن الصيرفى ، واستدلوا على ذلك بما يأتى :

أن الغالب — فى كل مايصدر عن الحاكم — لايكون إلا عن مشورة ... وأن الصادر بالفتوى يكون عن اجتهاد المرء منفرداً .. ولا شك أن المشورة توجب أن يكون الحق مع المجمعين على الحكم .. فاذا تقوى الحكم بالقضاء كان إجماعاً وحجة ، صيانة للقضاء ، وحفظا له من أن يتطرق إليه الضياع ، فتدب الفوضى .

مناقشة هذا الدليل : يناقش بأن حكم القاضى قد يكون عن اجتهاده منفرداً فلا تكون له ميزة المشورة .. كما أن الحاكم إذا حكم ، واعتبرنا (صيانة كلامه) .. كان من الواجب ألا ينتقض .. لكن من المتفق عليه أن حكم القاضى ينتقض إذا خالف نصاً ، أو إجماعا .

وأما كون حكم الحاكم — فى حادثة — رافعا الخلاف فيها .. فلئلا يكون عرضة للنقض والتلاعب بالأحكام .. فأى ميزة له هنا ؟

على أن حكم القاضى قد تكون الموافقة عليه تقية ، وخوف فتنة ، ومعهما لاينعقد الإجماع !! .

٥ — المذهب الخامس . — عكس المذهب الرابع — وهو أن السكوت (إجماع) — إن كان فتوى .. وأما إن كان عن حكم حاكم .. فلا .. وهو مذهب ابن أبي هريرة ومن وافقه .

واستدلوا على ذلك بالآتى :

أن (المفتى) لاسلطان له ، فاذا أفتى بحكم ، فسكت الجميع — بعد انتشار الحكم بينهم — دل ذلك على أنهم ارتضوه . فيكون إجماعا .

أما مع (الحكم) فان السكوت من الباقين لايدل على الرضا منهم ، لأن حكم الحاكم نافذ ويسقط حق الاعتراض .

ويجاب عن هذا الاستدلال .. بأننا — بعد مااشترطنا الشروط المتقدمة فيه لم يكن هناك فرق بين الفتوى .. والحكم .

٦ — المذهب السادس : أنه إن وقع فى شىء يفوت استدراكه — من إراقة دم ، أو استباحة فرج — كان إجماعا .. وإلا فحجة ..

وخص هذا التفصيل الماوردى — كما فى الحاوى .. والرويانى — كما فى البحر بعصر الصحابة دون غيرهم .. فاذا قال الواحد منهم — أى من الصحابة — قولا أو حكم به ، فأمسك الباقون ، أى سكتوا ولم يبدوا رأيهم .. فهذان ضربان :

(ا) إن كان السكوت على مايفوت استدراكه — كإراقة دم ، واستباحة فرج — كان (إجماعا) ، لأنهم لو اعتقدوا خلافه لأنكروه ، لأن الصحابة — لشدتهم فى الدين — لايسكتون عما لايرضون به .. بخلاف غيرهم ، فقد يسكتون ..

(ب) وإن كان السكوت على مالا يفوت استدراكه .. كان حجة .. وفى (كونه إجماعا) — يمنع الاجتهاد — وجهان لأصحاب الشافعى .. وألحق الماوردى التابعين بالصحابة .. وذكر النووى أنه هو الصحيح .. وألحق بعضهم بالصحابة التابعين ، وتابع التابعين ، لما ورد أنهم خير القرون .

مناقشة هذا الاستدلال .. والرد على هذا التفصيل :

يمكن رد هذا التفصيل — بين الصحابة وغيرهم — بأنه يوجد في كل عصر من جملهم الله حماة لدينه ... يردون عنه زيف الزائفين ، وتحريف المبطلين .. على أن الأدلة المثبتة لحجية الإجماع .. مطلقة فتقييدها بعصر دون عصر تخصيص بلا مخصص .. وهو باطل ... وعلى أن ماخالف الحق — في اعتقادالساكت — يعتبر منكراً ، فلا تبرأ ذمته — أي ذمة الساكت — إلا بإنكار المنكر ، ولا يجوز له السكوت عليه .. سواء أكان فيما يفوت استدراكه .. أم لا .. ولا سيما أن من شرط الاجتهاد (العدالة) .. والعدول لايسكتون على منكر !!(١) .

وقد استدل أصحاب هذا المذهب .. بأن مايفوت استدراكه تجب المحافظة عليه فاذا قال بعضهم ، وسكت الباقون .. دل على أنهم أجمعوا .. فيكون حجة ، لأن حفظ الدماء ، والفروج مما يجب على كل المسلمين ، فلا يمكن التهاون فيه ، لأنه مما تعم به البلوى !! أما غير الدماء والفروج فيكون السكوت عليه حجة .. وليس بإجماع ،

مناقشة هذا الرأي .. يناقش بأن ماتقدم من اشتراط المدة الكافية للتأمل .. وأنها تختلف باختلاف الحوادث .. يلغي هذا الفرق بين هذا وغيره من الأحكام لتساوي الجميع في العصمة — عند الاتفاق .

٧ — المذهب السابع .. أن السكوت حجة فيما تعم بة البلوى .. بخلاف مالا تعم به البلوى .. فلا يكون السكوت حجة فيه .

واستدلوا لذلك .. بأن ماتعم به البـــلوى — إذا تكلم له البعض ، وسكت الباقون .. دل على اتفاقهم — فيكون حجة .

مناقشة هذا الرأي .. يناقش بأنه يمكن أن يرد هذا بأننا قد اشترطنا (شهرة

---

(١) انظر : جمع الجوامع للبناني جـ ٢ ص ١٩٨ .

القول بالحكم) حتى يعلم به الباقون .. فلا يكون السكوت حجة إلا بذلك ... فتقييده بما تعم به البلوى .. تقييد للأدلة المطلقة بلا دليل .. وهذا باطل ! !

وخلاصة ما بسطناه .. أن الإجماع السكوتى هو (إجماع .. وحجة) إذا تحققت شروطه السابقة .. وهذا اختيار الإمام الغزالى فى المستصفى .. ووصفه بعض المتأخرين بأنه أحق الأقوال(١)!! اعتباره حجة شرعية فى إثبات الأحكام .

---

(١) انظر الاجما ع السكوتى فى المراجع الآتية : —

● تنقيح الفصول ، فى اختصار المحصول .. فى الاصول للعراقى ص ٣٣٠ .

● تيسير التحرير ... ج ٣ ص ٢٤٦ .

● الاحكام ... للآمدى ج ١ ص ١٢٨ — ١٣٠ .

● ارشاد الفحول ... للشوكانى ص ٧٤ .

● بحث فى الاجماع للدكتور / محمد محمود كمال فرغلى ص ٣٥٥ .

● بحث فى الاجماع / للأستاذ على عبد الرازق ص ٧٣ .

المبحث الرابع

(السكوت والعرف)

مقدمة تشمل تعريف العرف . . وشروطه . .

١ ـــ العرف هو : مايغلب على الناس من قول ، أوفعل ، أو ترك .

شرح مفردات التعريف : (مايغلب) أى مايشيع ، ويتكرر فى معظم الأحوال . و (القول) أى الألفاظ المفردة . . أو الجمل المركبة . . بأن يكون استعمال كل منها فى معنى جديد ـــ يختلف عن تمام معناه اللغوى الأصلى : كإطلاق لفظ « الولد » ـــ مثلا ـــ على الذكر ، دون الأنثى ـــ عرفا . . مع أنه فى اللغة الفصحى شامل (للذكر والأنثى) .. وكاستعمال جملة للدلالة على معنى عرفى خاص كقولهم : « والله لا أضع قدمى فى بيت فلان » يقصدون بذلك عدم دخول الدار . . لامجرد وضع القدم ـــ كما هو المنطوق اللغوى . . فيراعى العرف القولى ـ وإن لم يوافق اللغة العربية الفصحى .

وأما (الفعل) . . فمثل تعارف الناس على أن « وضع اليد » مدة طويلة على عقار ـــ دون سند شرعى ، أوولاية ـــ يعتبر دليلا على الملك . . وهذه هى مسألة الحيازة . .

وأما (الترك) فمثل عرف الناس فى تسامحهم فيما يقع خارج البستان ـــ من الثمار ، أو الأغصان التى تتدلى خارج حدودها ، حيث يجوز التقاطها دون إذن مالكها . . ولا يعتبر ذلك اعتداء على حرمة الأموال .

وقد وضع الفقهاء شروطا للعرف الصحيح الذى تترتب عليه أحكام شرعية .. منها :

أولا : ألا يصادم العرف نصا شرعيا خاصا فى موضوعه ، أو نظاما شرعيا عاما .

ثانيا : أن يكون العرف ساريا ، وقائما ، وقت تنفيذ النص التشريعى العام أو إعداده ، لأن التخصيص بما هو بيان لإرادة الخصوص من النص العام لابد أن يكون دليل التخصيص فيه وهو العرف هنا — مقترنا بالمبين من حيث الزمن .

ثالثا : أن يكون العرف مطرداً . . أو غالباً : بمعنى أن يستمر الاحتكام إلى العرف فى كل حادثة يتناولهما موضوعة على نحو مطرد ، لايتخلف ، أو غالب فى معظم الحوادث ، لأن ذلك هو أمارة فاعلية العرف المنبيء عن الحاجة الماسة إليه — فى حل مشكلات الناس ، وتحقيق مصالحهم . . الأمر الذى يستدعى مراعاته من المجتهد ، لأن ذلك ماهو إلا مراعاة لمصالح الناس ، التى لها المقام الأول فى التشريع .

رابعاً ألا يتفق المتعاقدان — أو أحدهما — على إهماله ، ويأخذا بخلافه ، لأن العرف يعتبر قاعدة مكملة ، ومفسرة ، ومبينة لما سكت عنه المتعاقدان — أو أحدهما — ، لأن سكوتهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم . . وفوضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل ، والحكم . . حتى إذا كان حكم العرف لا يحقق فى نظرهما — أو فى نظر أحدهما — ما يتوخى من مصلحة . . نص فى العقد على مايخالف مقتضى العرف القائم .

والأصل الذى يزكى هذا . . أن العقود والشروط .. بل ونظام المعاملات بشكل عام - إنما شرعت كوسيلة لتحقيق مصالح المتعاقدين .

فالنص فى العقد على خلاف مايقتضيه العرف القائم ، تصريح بإبطال حكم وإلغاء لمقتضاه - بالنسبة لتحديد التزامهما فى ذلك العقد .

ولو سكتنا لفهم من سكوتهما — دلالة — أنهما إنما أرادا تحكيم العرف في تفسير عقدهما - بالنسبة لما يتناوله العقد بالنص .

ومهما كان .. فالأصل في وجوب العمل بما نص عليه المتعاقدان ، أو بما احتكما فيه إلى العرف - وهو أن إرادة المتعاقدين محترمة ، يجب الوقوف عندها في كلتا الحالتين - ما دامت موافقة للشرع ، لما في ذلك من تحقيق مصلحتهما ، التي هي أساس نظام التعامل كله [1] .

ويقول الاصوليون : إن مطلق الكلام - فيما بين الناس - ينصرف إلى المتعارف .. فالعرف يعتبر قاعدة مكملة مبينة لما سكت عنه المتعاقدان ، ولأن سكوتهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم ، وفوضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل ، والحكم - كما سبق .

وعلى هذا جرى على لسان الفقهاء قولهم : — (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) .. وجاء في المبسوط للسرخسي [1] : (والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص) و (الثابت بالعرف كالثابت بالشرط) .. وفي الزيلعي [2] : (المعتاد كالمشروط) .

وقال شيخ الإسلام جواهرزادة ، وغيره : وعليه الفتوى .. وقال صاحب الأشباه والنظائر : ولا خصوصية للصباغ .. بل كل صانع نصب نفسه للعمل بأجرة .. فان السكوت — في حقه — كالاشتراط .. ومن هذا القبيل : نزول الخان .. ودخول الحمام .. والدلال — كما في البزازية ..

---

(١) انظر في ذلك : الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩ — الحلبي ١٩٦٨ م ، والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩ ورد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٤١ ، والعرف والعادة للشيخ ابو سنه ص ٥٦ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ١٧١ ، ونشر العرف ج ٢ ص ١١٦ لابن عابدين .

(٣) انظر : .... ؟

ومن هذا القبيل : — كل ما هو معد للاستغلال ... فإن العرف استعمل هذه الأشياء كلها بالأجر .

وسواء أكان بيانا لما يدخل المعقود عليه تبعاً من غير تصريح بذكره : كدخول علو الدار — فى بيعها ، وكدخول الغرف — فى الاستئجار للطبخ فى وليمة ... أو وصفا يبين نوع المنفعة المعقود عليها : كاستئجار الدار بلا بيان نوع الانتفاع بها ، حيث ينصرف إلى السكنى ، فإنهم يستدلون على هذا كله بهذه القاعدة ، وهى (المعروف كالمشروط) ... فمعناها أن الشيء المعتاد — فى المعاملات — يلزم مراعاته فى العقد — كما لو نص عليه نصا صريحا فيه .

وقد تقرر ذلك عند المالكية[١] أيضا ، فقد شاع عندهم اصطلاح (العادة كالشرط) ... وأفتى الإمام المازرى — فيما إذا جرت عادة قوم بقدر الصداق ، وعرفها المتعاقدان ... أفتى أن هذه العادة بمنزلة التسمية ، ويحكم بذلك القدر المتعارف عليه ... ولا يكون النكاح من قبيل (نكاح التفويض) .

قال فى التبصرة [٢]: — وفى سماع ابن القاسم سئل مالك عن (الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس ، وجل الناس تعمل به عندنا ، حتى إنه لتكون فيه الخصومة ... أترى أن يقضى بها ؟ فإن كان ذلك قد عرف من شأنهم ، وهو عملهم لم أر أن يطرح ذلك عنهم ، إلا أن يتقدم فيه لسلطان لأنى أراه أمراً قد جروا عليه) اهـ .

وعلى هذا فقد رأى المالكية[٣] أنه إذا أجاز أحد عقاراً مدة عشر سنوات وكان يتصرف فيه تصرف الملاك ، ثم ادعى أحد ملكية هذا العقار ، واستحقاقه ،

---

(١) انظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢١٨ ، والطرق الحكمية ص ١١٢ والفروق للقرافى جـ ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ١١٥ .

(٣) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٤٨٧ .

وأقام البينة التى تثبت له أصل الملك ... فان بينته لا تنفعه ، إذا لم يقدم عذراً مقبولا يبرر به سكوته هذه المدة الطويلة ... كغيابه ، أو عدم علمه بما حدث ، وذلك لأن العرف يحكم بأن المالك لا يسكت — عادة — إذا رأى غيره يتصرف فى ملكه هذه المدة الطويلة .

أما الشافعية : فلهم وجهان فى المسألة : أصحهما أن العرف لا ينزل منزلة الشرط ... وقد جاء على لسان أحد رجالهم ، وهو السيوطى فى كتابه : الأشباه والنظائر(١) — (سأل هل تنزل العادة منزلة الشرط ؟ وأجاب بذكر فروع ، حكى فيها قولين فى المذهب ، أصحهما : لا يكون كالشرط ... فمنها لو عم الناس اعتياد منافع الرهن للمرتهن ، فهل ينزل منزلة شرط . . حتى يفسد الرهن ؟ قال الجمهور : لا . . وقال القفال : نعم . . ومنها : جرت عادة المقترض أن يرد أزيد مما اقترض . . فهل ينزل منزلة الشرط ، فيحرم إقراضه ؟ وجهان : أصحهما : لا . . .

ومنها : لو دفع ثوبا — مثلا — إلى خياط ، ليخيطه ، ولم يذكر أجرة . . وجرت العادة بالعمل بالأجرة . . فهل ينزل منزلة الأجرة ؟ خلاف . . والأصح فى المذهب — لا ... واستحسن الرافعى : نعم) اهـ .

ويفهم مما سبق أن(٢) منشأ عدم الاتفاق على قاعدة (المعروف كالمشروط) هو أن الالتزام لا يثبت إلا بدليل قوى ، ودلالة اللفظ أصرح من دلالة العرف — فى رأى البعض .

ويرى البعض الآخر تساويهما ، لأن العرف يفهم ، ويسلم الناس جميعا ، لأنه تعبير عن الإرادة العامة — غالبا — ولهذا تنقطع عنده المنازعة .

---

(١) انظر : الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٦ .

(٢) انظر العرف والعادة للعالم الجليل الشيخ أبو سنة ص ٦٩ ط طبع الازهر ١٩٤٧ م .

وقد جرى على هذا — عرف القوانين فى مصر لا سيما فى المعاملات التجارية - سواء فى العقود التى تبرم بين التجار... كالبيع والإجارة، والكفالة، والوكالة ... أو فى بيان طريقة التعامل : كشحن البضائع بطريقة معينة ... والبيع بالنقد . . أو بالأجل ... أو فى تقرير الأحكام القانونية : كتعيين المسئول عن هلاك السلع .

وقد زاد القانون فى احترام العرف حتى جعله مقدما على نصوصه ، فقد شرط القانون المدنى المصرى فى صحة التضامن — أن يكون مصرحاً به .

والعرف التجارى يقضى بوجود التضامن فى المعاملات التجارية وإن لم ينص عليه ،

وكذلك نص القانون على أن المبيع - إذا لم يطابق الصفات المتفق عليها - يفسخ البيع ... والعرف يقضى — فى هذه الحالة — بتخفيض الثمن ... والقضاء جار على العرف فى المسألتين(١) .

— تطبيقات فقهية ... واستنباط :

من التطبيقات الفقهية المخرجة على هذا : ما قاله الفقهاء(٢) فيما لو اشترى رجل ثمار أعلى الأشجار . .

(ا) فإن اشتراها بشرط الترك (على الأشجار) فسد البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، لشغل ملك البائع ... وفيه نفع للمشترى ، وهو زيادة النمو ، والنضج ، والصيانة من التلف .

(ب) وإن اشتراها من غير اشتراط تركها أو قطعها ، وتركها المشترى فالأصح : أن الترك لو كان مأذونا فيه طابت له الزيادة ... وإلا فلا تحل له ، وتصدق بما زاد فى الثمار زيادة متصلة ...

---

(١) انظر : القانون التجارى للدكتور : محمد صالح ص ٢٥ .

(٢) انظر : رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٤٠ .

لكن الناس قد تعارفوا على الترك حتى يظهر المعدوم ، وينمو الصغير ، وتصرف السلعة فى الأسواق ... وتغلغلت هذه العادة فى معاملاتهم ، حتى لو علم المشترى أن البائع يأمره بالقطع فانه لا يقبل المبيع بعشر الثمن .

ومقتضى هذا العرف أن يكون الترك مشروطا ، لأن المعروف كالمشروط . فهل يفسد البيع بهذا ، لأنه صار بيعا بشرط فاسد ؟

وقد أجاب ابن عابدين — عن هذا — فى رسائله ، فقال(١) : — (فانه حيث جاز العرف ببيع المعدوم — مع أن بيعه باطل لا فاسد — فيجوز البيع مع هذا الشرط بالأولى . . فتأمل ذلك ، واعمل بما يظهر لك فإنى لا أجزم بما قلته ، لأنى لم أر من صرح به !!) .

— واستنباطاً من ذلك يمكن أن نقول :

١ — أن العرف الذى جعل ترك الثمار شرطا صريحا فى البيع . . . هو — بعينه — يجعل هذا الشرط متعارفا عليه . . فيكون بيعا بشرط متعارف عليه ، فيصح . . . استحسانا ، وتحل الزيادة — أذن البائع فى الترك . . أم لم يأذن ! !

٢ — وكذلك . . لو باع التاجر فى السوق شيئا بثمن . . ولم يصرح البائع . . أو المشترى بحلول الثمن ، أو تأجيله . . أو حلول التسليم أو تأجيله - وكان المتعارف - فيما بين الطرفين - أن البائع يأخذ كل أسبوع قدراً معلوما ... انصرف إليه بلا بيان ، لأن المعروف كالمشروط . . والله أعلم .

---

(١) انظر : رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٤٠ .

القسم الثانى

فى

السكوت الواجب والمحظور

والسكوت لعذر

المبحث الأول

السكوت الواجب

السكوت قد يكون واجبا . . بمعنى أن المكلف يلتزم الصمت . . كما إذا أجبره ظالم على إخباره بشيء موجود لديه لفلان . . أو ألا يتكلم أمام سارق لأن هذا سبيل إلى الاستيلاء على الشيء أو سرقته ... ويدخل تحت هذا المفهوم صور شتى . . ولكننا نختار صورة واحدة ... وهي امتنـــاع الوديع — أي المودع عنده — الإخبار بالوديعة ، إذا كان الإخبار بها يترتب عليه ضياعها . . وأساس هذا الامتناع هو[1] أن من الالتزامات الواجبة على الوديع المحافظة على الوديعة بشتى وسائل الحفظ : بأن يودع الوديعة في مكان حصين ، ثم يتعهد هذا المكان بالملاحظة ... كما يقوم بمنع الغير من أخذ الوديعة أو الاعتداء عليها ...

ولكنه مع ذلك قد يفشي سرها عن طريق إخبار غيره بوجودها لديه ، فيصل الخبر إلى من تسول له نفسه الاستيلاء ، أو الاعتداء عليها ، بسرقتها أو إتلافها ... وقد لا يفعل الوديع ذلك : أي لا يفشي سرها . . ولكن قد يأتي ظالم فيجبره على إخباره بالوديعة ... فما الأحكام المترتبة على ذلك ؟

من المعروف أن من مهام الوديع المحافظ على الوديعة ... من وسائل المحافظة عليها الامتناع عن الأمور التي تؤدي إلى تفويت هذا الغرض ... ومن ذلك أنه يجب على الوديع أن يمتنع عن إخبار[2] غيره بوجود الوديعة تحت يده ... فهو مطالب بكتمان أمر الوديعة ... وعدم الإفصاح عن وجودها في حوزته ... ويتأكد هذا - أكثر - في مواجهة الظالم ، ومن يخشى منه عليها - إذا علم بها .

---

(١) مفتاح الكرامة جـ ٩ ص ٦ / المغني ص ٣٨٤ ، ٣٨٥ .

(٢) الاخبار في اللغة هو الاتيان بالخبر . والخبر هو ما أتاك من نبأ عن تستخبر .

ولكن .. ما الحكم فيما لو خالف الوديع ، وأخبر الغير بوجود الوديعة لديه ؟ هل يكون هذا تقصيراً منه يستوجب ضمانه للوديعة ؟

ذهب بعض الفقهاء — كالشافعية — إلى أن مجرد الإخبار يترتب عليه الضمان حتى وإن تلفت بأمر آخر ... لكن المذهب على القول بعدم الضمان إلا إذا تلفت بسبب الإخبار(١) ..

ويرى بعض الشيعة الإمامية(٢) وجوب ضمان الوديع بمجرد إخباره اللص بها وإن لم يكن ذلك على وجه السعاية — وإن تلفت بأمر آخر — وهو رأى لبعض الشافعية — قياسا على ما لو ترك علف الدابة المـــودعة . . أو أهمل إحرازها ... فإن ذلك عدوان موجب (للتضمين) — حتى وإن هلكت بسبب آخر .

ويناقش هذا الرأى .. بأن ترك العلف وتأخير الإحراز — أو إهماله — يتسبب عنهما إذهاب عين الوديعة بالكلية — أى الوديعة كلها — بالهلاك . . أو الضياع مع عدم إمكان التدارك فيها : بردها لأصحابها . . أو ينقلها إلى مكان آخر .

وملخص القول فى هذا : أن الوديع يضمن الوديعة إذا أخبر السارق بالوديعة، وعين له مكانها . . وسهل له استيلاءه عليها فعلا... وإلا فلاضمان ... وهذا بالنسبة للسارق . .

أما لو أخبر ظالما ... فالذى يراه الجمهور من الفقهاء أن الوديع يضمن فى تلك الحالة بمجرد إخباره الظالم بأن عنده وديعة لفلان ... حتى ولو لم يعين له مكانها ؛ لأن مجرد معرفة الظالم بوجود وديعة عند فلان قد يمكنه من أخذها ، وذلك بإجبار الوديع على تسليمها له . .

---

(١) انظر : حاشية الشبروانى على تحفة المحتاج لابن حجر جـ٦ ص ١٧٠ .

(٢) مفتاح الكرامة جـ ٦ ص ٣٣ .

أما السارق فلأن معرفته بوجود الوديعة عند شخص لاتمكنه من الاستيلاء عليها ؛ إذ لابد له — بجانب ذلك — من معرفة مكانها ... وكيفية الوصول إليها ، حتى يستطيع سرقتها ...

فالسارق يعتمد على الاستيلاء — فى حالة غفلة الوديع ... أما الثانى فاعتماده على القوة والقهر والغلبة(١) .

والراجح — فى نظرنا — هو رأى من يقول إن مجرد الإخبار بالوديعة — للظالم — موجب للضمان .. حتى ولو لم يعين له مكانها ..

وما صرح به الفقهاء من وجوب امتناع الوديع اعن الإخبار بالوديعة ... وما جوزوه له من الإقدام على الحلف — كذباً — مع التورية بعدم وجودها عنده — إن تعين ذلك طريقا — لحفظها — كل ذلك غير مقبول .. لأنه إذا كان مجرد الإخبار بالوديعة لايترتب عليه ضمانها فلماذا الحلف ، أو السماح بالكذب المحظور شرعاً ؟ !

إن دل هذا على شىء فإنما يدل على أن مجرد إخبار الظالم يعتبر تعدياً وتقصيراً من الوديع يجب عليه الاحتراز ، والبعد عنهما(٢) .

وهناك صورة أخرى يلتزم فيها الوديع بالسكوت ، والامتناع عن الإخبار بالوديعه — فيما لو أكره على ذلك — وإلا كان ضامنا — كما قلنا من قبل — فى أنه يجب على الوديع أن يمتنع عن إخبار السارق أو الظالم بالوديعة ...

فلو أكره الوديع على الإخبار بالوديعة — بأن أجبره شخص على الاعتراف بالوديعة عنده — فإنه يجب عليه الامتناع عن التحدث بشىء من ذلك ... بل

---

(١) انظر الفقه على المذاهب الاربعة جـ ٣ ص ٢٦٢ .. وحاشية البجرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٢٧٠ .

(٢) انظر الباجورى جـ ٢ ص ٧٣ .. والاقناع للخطيب مع حاشية البجرمى جـ ٣ ص ٢٧٠ والبحر الزخار جـ ٤ ص ١٦٩ .. ومسئولية الوديع . د احمد طه ص ٥٧٥ .

عليه أن ينكر أن الوديعة لديه[١] ... وإلا — بأن أخبر بذلك ، وترتب عليه ضياعها — بغصب أو سرقة — كان ضامناً لها .

وقد جاء فى المعين : « الكذب حرام ، وقـــد يجب ... كما إذا سأل ظالم عن وديعة يريد أخذها .. فيجب إنكارها — وإن كذب — وله الحلف عليه مع التورية ... وإذا لم ينكرها .. ولم يمتنع عن إعلامه بها جهده — ضمن[٢] » .

(١) انظر منتهى الارادات جـ ١ ص ٥٣٦ .. وأسنى المطالب جـ ٣ ص ٨٣ .

(٢) انظر : اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين جـ ٣ ص ٢٣٧ .

المبحث الثانى*

السكوت المحظور!

يقول حجة الإسلام : الإمام الغزالى — رحمه الله تعالى : —

« أعلم أن المنكرات تنقسم إلى : مكروهة ... ومحظورة ... فإذا قلنا هذا منكر مكروه ، فاعلم أن المنع منه مستحب .. والسكوت عليه مكروه ، وليس بحرام إلا إذا لم يعلم الفاعل أنه مكروه ، فيجب ذكره له ، لأن « الكراهة » حكم فى الشرع يجب تبليغه إلى من لا يعرفه ..

وإذا قلنا « منكر محظور » أو قلنا « منكر » مطلقا فنريد به « المحظور » ، ويكون السكوت عليه — مع القدرة — محظوراً ... إلى أن قال : فمن رأى مسيئا فى صلاته فسكت عليه فهو شريكه — هكذا ورد به الأثر — وفى الخبر مايدل عليه ، إذ ورد فى « الغيبة » أن المستمع شريك القائل ... وكذلك كل مايقدح فى الصلاة — من نجاسة على ثوبه لايراها — أو انحراف عن القبلة بسبب ظلام أو عمى ... فكل ذلك تجب الحسبة فيه » (١)

وبعد تلك المقدمة ... نقول : —

إن الشريعة أوجبت الأمر بالمعروف ... والنهى عن المنكر ، لتجعل من كل إنسان رقيبا على غيره من الأفراد أو الحكام ، ولتحمل الناس على التناصح والتعاون ، وعلى الابتعاد عن المعاصى ... وعلى التناهى عن المنكرات .

ولقد ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين ومكلفين شرعاً بأن يوجه بعضهم بعضا ... وأن يوجهوا الحكام ، ويقوموا عوجهم ، وينتقدوا تصرفاتهم ...

---

(١) انظر : احياء علوم الدين للغزالى جـ ٢ ص ٣٣٠ — الحلبى .

(والتوجيه) أساسه الأمر بالمعروف ... و (التقويم) والنقد ... أساسه النهى عن المنكر .

وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الافراد ملزمين ومطالبين ومكلفين شرعاً بالتعاون على إقرار النظام ... وحفظ الأمن .. ومحاربة الجريمة .

والمسلمون مأمورون — شرعاً — بألا يسكتوا عن منكر يقع أمامهم . . ومأمورون بأن يأمروا بكل معروف . . وإن السكوت فى هذا الباب حرام يعاقب عليه الله ، كما تؤكد ذلك النصوص الشرعية من كتاب ، وسنة .

ولكن . . ما الأمر بالمعروف ؟ والنهى عن المنكر؟ وما أساسه من التشريع ومتى يتعين ؟ وما حكمه ؟

أولا : ما المعروف ؟ وما المنكر ؟ .

المعروف هو : كل قول أو فعل ينبغى قوله أو فعله طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة . كنصرة المظلوم . . والتسوية بين الخصوم فى الحكم .. والدعوة إلى الشورى والحث على كل خير .. إلى غير ذلك .

والمنكر هو : كل معصية حرمتها الشريعة سواء وقعت من مكلف ، أو غير مكلف .. فمن رأى صبيا أو مجنونا يشرب خمرا فعليه أن يمنعه ويريق خمره !!

ويعرف المنكر — عند بعض الفقهاء بأنه : كل محظور — أو محذور — الوقوع فى الشرع .. ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير (بمحذور الوقوع) على التعبير (بالمعصية) لأن «المنكر» — عندهم — أعم من «المعصية» ، ولأنهم لا يعتبرون والمجنون معصية ، لأن الفعل — فى رأيهم — لا يكون «معصية» إلا إذا كان فاعله فعل الصبي عاصيا ولأن المعصية بلا «عاص» محال .

« والأمر بالمعروف قد يكون قولا محضا . أو عملا محضا . . وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى إخراج الزكاة : وإخراج الداعى لها فعلا — مطلوب .

« والنهى عن المنكر » قد يكون قولا محضا .. وقد يكون فعلا محضا .. وإذا كان النهى عن المنكر « قولا » فهو بالأمر .. أو بالنهى .. وإذا كان « عملا وفعلا » فهو تغيير المنكر وإزالته .

ومما تقدم نقول : إن الأمر بالمعروف هو الترغيب فيما ينبغى عمله ، أو قوله طبقا للشريعة .. والنهى عن المنكر هو الترغيب فى ترك ماينبغى تركه .. أو تغيير ماينبغى تركه طبقا للشريعة [1]:

حكم الأمر بالمعروف .. والنهى عن المنكر : —

اتفق الفقهاء على وجوب الأمر بالمعروف .. والنهى عن المنكر .. إلا أنهم اختلفوا فى تحديد هذا الواجب — من وجهين :

الوجه الأول : فى صفة هذا الواجب .. والوجه الثانى : فيمن يلزمهم هذا الواجب .

اختلاف الفقهاء فى (صفة) واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : —

انقسم العلماء فريقين فى تحديد (صفة الوجوب) :

١ — فقال البعض إن (الواجب) فرض عين .. أى واجب محتم على مسلم وعليه أن يؤديه بنفسه قدر استطاعته — ولو كان هناك من هو أقدر منه على تأديته ، أو من هو على استعداد لتأديته . . وهم يشبهونه (بفريضة الحج) ، فهو فرض عين ولكن على المستطيع . . وعندهم فريضة الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر آكد من فريضة الحج . . ولم يشترطوا فيها الاستطاعة ، لأنها مستطاعة دائما ، فالاستطاعة — فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر — ممكنة لجميع الأفراد . . فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر — كأداء الصلاة ، والصوم - وأن ينهى عن المنكر فيما لايخفى - كالسرقة والزنا . . والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر فيما هو ظاهر . . أو خفى .

---

(١) انظر : الفخر الرازى ج ٣ ص ٢٠ .

ويرى أصحاب هذا الرأى أن فى جعل الواجب (فرض عين) حفظا لكيان الأمة وحرزاً لها من الفساد والتحلل [١].

٢ — ويرى فريق آخر — وهم غالبية الفقهاء — أن الأمر بالمعروف، والنهى عن المنكر من (فروض الكفايات).. فهو واجب حتم على كل مسلم، ولكن هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غير.. ويستدلون على ذلك بقوله تعالى:

«ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير، ويأمرون بالمعروف، وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون» [٢]

ووجه الدلالة لما ذهبوا إليه - وهو أنه فرض - أن الله تعالى أوجبه بقوله «ولتكن» - وهو «فرض كفاية» لأنه واجب على البعض لا على الكل، لأن (من) فى الآية (للتبعيض... وأن الله تعالى قال: «ولتكن منكم أمة..» ولم يقل: (كونوا كلكم آمرين بالمعروف) فإذا قام به واحد.. أو جماعة.. سقط الطلب عن الباقين.

أما من يلزمهم هذا الواجب.. فقد رأى جمهور الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجب على كل أفراد الامة.. لقوله تعالى: «كنتم خير أمة أخرجت للناس، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر» [٣]

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن (واجب) الامر بالمعروف، والنهى عن المنكر لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه.. وهم علماء الامة دون غيرهم، لان الجاهل - فى تقديرهم - ربما ينهى عن معروف، ويأمر بمنكر.. وقد يغلظ فى موضع يستوجب اللين، ويلين فى موضع يستوجب الغلظة.. وقد ينكر على من لا يزيده الإنكار إلا تماديا وإصراراً وربما عرف الحكم فى مذهب.. وجهله فى مذهب آخر.

(١) انظر تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤، ٣٥ — احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩.
المختصر النافع ج ١ ص ١١٥ طبع الاوقاف — شرائع الاسلام ج ١ ص ٢١٣ طبع الكيلانى.
(٢) سورة آل عمران — آية ١٠٤.
(٣) سورة آل عمران — آية ١١٠.

وأصحاب هذا الرأى من القائلين بانه (واجب على الكفاية) ، وما دام الأمر كذلك فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر .. وهذا يتفق تماماً مع تخصيص العلماء بهذا الواجب .

مناقشة هذا الرأى : ويناقش هذا الرأى « بأن الواجب » لايسقط بتحميلة للبعض دون البعض الآخر . . وإنما يسقط « بالأداء » فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم . . وفضلا عن ذلك — فإن طبيعة (الواجب على الكفاية) تقتضى أن يلتزم به الكل ، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم ، فيسقط عن الباقين بالأداء ....ثم إن وضع (واجب الامر بالمعروف ، والنهى عن المنكر) على عاتق الجاهل لن يؤدى إلى الأضرار التى يتوقعونها ، لأن الجاهل — بطبيعة الحال — لايأمر ، ولاينهى إلا فيما هو ظاهر ، لاخلاف عليه ، كأداء الصلاة ، والنهى عن السرقة والزنا (١).

الدليل على وجوب الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر : —

مصدر إيجاب الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر هو . القرآن الكريم . . والسنة النبوية الشريفة .

أما القرآن .. فآيات صريحة فى الوجوب .. منها قوله تعالى ، «ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ، يأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ، وأولئك هم المفلحون » (٢).

وقوله تعالى . « الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة ، وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر » (٣).

---

(١) انظر : الحسبة فى الاسلام لابن تيمية ص ٣٠ — ٦٠ — والفخر الرازى جـ ٣ ص ٣٠ .

(٢) آل عمران آية ١٠٤ .

(٣) الحج آية ٤١ .

وأما السنة المطهرة فأحاديث كثيرة - منها - تؤكدماورد فى القرآن العظيم :

— وهذا من قبيل السنة المؤكدة لما ورد فى كتاب الله :

١ — روى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال — فى خطبة له : « أيها الناس إنكم تقرءون هذه الآية ، وتؤولونها على خلاف تأويلها : ياأيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم : لايضركم من ضل إذا اهتديتم(١) . . وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول مامن قوم عملوا بالمعاصى ، وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم ، فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده »(٢) .

٢ — ماروى عن النبى ﷺ : « لتأمرن بالمعروف ، ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ، ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم »(٣) .

٣ — ماروى عن أبى سعيد الخدرى — رضى الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : من رأى منكم منكراً فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان !! » .

ومن هذه النصوص — وغيرها — مما فى معناها نقول : إن الشريعة قد أوجبت الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر إيجابا حتما ، حسب الشرائط المبرمة له ، لأنه مطلوب للشارع الحكيم ، وجعله صفة من صفات المؤمن ، وحذر من الترك تحذيراً شديدا . . . وكل ماكان كذلك كان واجبا ، لايجوز التخلف عنه بأى حال . . .

من له حق الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ؟

مما تقدم — أيها القارئ — علمت أن الشريعة الإسلامية توجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على كافة أفراد الأمة — بناء على الرأى الراجح — لا على فئة معينة منها . .

لكن هناك شروطا خاصة فيمن يأمر بالمعروف ، أو ينهى عن المنكر . . . وبعض هذه الشروط يرجع إلى (طبيعة الواجب) . . وإلى مبادئ الشريعة العامة . .

---

(١) المائدة : آية ١٠٥ .

(٢) انظر الترغيب والترهيب جـ ٢ ص ١٣٥ .

(٣) انظر : المراجع السابق .

وبعضها متفق عليه .. وبعضها مختلف فيه .. وهي — جميعها — لا تخرج عن خمسة شروط :

الشرط الأول : التكليف .. فيشترط فيمن يأمر بالمعروف ، أو ينهى عن المنكر أن يكون مكلفا .. أي مدركا مختارا .. وهـــذا الشرط لازم إذا نظرنا إلى (وجوب الأمر والنهي) ، لأن ترك القيام بالواجب يؤدي إلى مسئولية التارك . ولا مسئولية على غير مكلف ، طبقا لقواعد الشريعة العامة .

وعلى هـــذا فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر — باعتبارهما واجبا — لا يجبان إلا على (المكلف) .

واعتبار الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر (واجبا) .. لا يمنع غير المكلف من (الأمر والنهي) باعتبارهما (قربة من القربات) ، لأن غـــير المكلف أهل للقربات ، وله أن يأتي بها — وإن لم تجب عليه — .. ولا يجوز منعه من إتيانها ولكن له هو — إن شاء — أن يمتنع — مختاراً — عن إتيانها كصلاة الصغير وصومه ، فإن الصلاة لا تجب عليه .. وكذلك الصوم .. فإذا أتى أحدهما كان عمله (قربة) ، ولم يجز لأحد أن يمنعه من الصلاة .. أو الصوم .. لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا إثم عليه في الامتناع .

وعلى هذا فإن الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر — إذا لم يكن واجبا — على غير المكلف ، فهو حق له : يأتيه إن شاء ، ويتركه إن شاء ..

فالصبي المراهق للبلوغ — وإن لم يكن مكلفا — له حق إنكار المنكر ، وله أن يريق الخمر ، ويكسر أدوات الملاهي ، وإذا فعل ذلك نال به ثوابا ، ولم يكن لأحد منعه ، على اعتبار أنه غير مكلف بذلك .

الشرط الثاني : — الإيمان ... فيشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمناً بالدين الإسلامي .. فالمسلم وحده هو الذي يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر .. أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا (الواجب) .

وقد روعي في اشتراط هذا الشرط ترك الحرية الكاملة لغير المسلم ، في أن

يعتقد مايشاء . . وحمايته من (الإكراه) على اعتناق مايخالف عقيدته . . فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ماأوجبت الشريعة عمله . . . أو حببت للناس فعله : من صلاة ، وصيام ، وغير ذلك .

والنهى عن المنكر يدخل فيه النهى عن كل ماخالف الشريعة ، من أفعال وعقائد : كالنهى عن (التثليث) . . . وعن القول (بصلب المسيح) وقتله . . ويدخل فيه النهى عن شرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير ، وغير ذلك . . مما تخالف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى . . ومن هنا لو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم ، وبأن يعتقد مايعتقده المسلم . . ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ، ويظهر عقيدة الإسلام وهذا الإكراه فى الدين تحرمه الشريعة الإسلامية بقوله تعالى : « لا إكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى » .

فمن أجل حماية حرية العقيدة كان هذا (الواجب) وهو الامر بالمعروف والنهى عن المنكر — على المسلم دون غيره .

الشرط الثالث : القدرة . . . فيشترط فى الآمر بالمعروف والناهى عن المنكر أن يكون قادراً على (الأمر . . والنهى) . . وعلى تغيير المنكر . . . فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه - استنكاراً لها - أى عليه أن يكره المعاصى وينكرها ، ويقاطع فاعلها ، ويشعره بغضبه وعدم رضاه .

وسقوط الواجب لايترتب على (العجز الحسى) وحده . . . بل يلحق بالعجز الحسى خوف الآمر والناهى من أن يصيبه مكروه ، أو أن يؤدى نهى الناهى إلى منكر شر من المنكر الذى ينهى عنه . . . فى هذين الحالين يسقط الواجب أيضاً . .

فمن علم أن أمره ، أو نهيه لن ينفع ، أو أنه سيضرب ، أو يؤذى إذا تكلم . . لم يجب عليه أمر ولا نهى . . . وعليه فقط أن يكره المعصية ، وينكر على مرتكبها فعلته - بقلبه ، ويقاطع فاعلها ، وألا يحضر مواضع المعاصى ، والمناكر . . .

ومن علم أن نهيه ـ إذا نهى عن منكر ـ سيؤدى إلى إزالة هذا المنكر ... أو أنه سيزول ويخلفه ماهو أقل منه رتبة ، وأخف ضررا ، فقد وجب عليه النهى عن المنكر .

وإذا علم أن النهى عن المنكر سيؤدى إلى منكر آخر بنفس الدرجة فهو بالخيار : إن شاء منع المنكر ، وإن شاء تركه .. بحسب مايؤدى إليه اجتهاده .

أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدى الى ماهو أسوأ منه فقد سقط عنه الواجب ... بل حرم عليه النهى ... كأن يجد مع شخص شرابا حلالا صار نجساً بسبب وقوع نجاسة فيه ، ويعلم أنه لو أراقه لشرب صاحبه الخمر ... فلا معنى لإراقته .

ومن علم أن أمره ونهيه لا يفيد ـ ولكنه لم يخف عن مكروه ـ فلا يجب عليه الأمر والنهى ؛ لعدم فائدتهما ... ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام ، وتذكيراً للناس بأمر الدين .

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله ... ولكنه يعلم أنه سيصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطال المنكر .. فلا يجب عليه إبطال المنكر .. ولكن يستحب له أن يبطله .. كمن يقدر على إراقة الخمر ، وتكسير أدوات اللهو ولكنه سيعلم أنه سيضرب إن فعل هذا .. فلا يجب عليه إبطال المنكر وإنما يستحب له أن يبطله ـ لا باعتباره (واجبا) .. بل باعتباره قربة .

ويلحق (بالعجز الحسى) .. العجز العلمى ؛ فالعامى لا يجب عليه الأمر والنهى إلا فى الجليات المعلومة ، كشرب الخمر ، والزنا ، والسرقة .

وفيما عدا الجليات المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهى ؛ لأنه يعجز عن فهم حقائقها . ومعرفة فقهها .. ولو سمح له بالخوض فيها لكان مايفسده أكثر مما يصلحه !! .

ولا يشترط فى (إسقاط الواجب) بالعجز .. وما يلحق به أن يكون

العجز وما فى حكمه معلوماً على وجه التحقيق ... بل يكفى فيه (الظن) الغالب لأن الظن الغالب فى هذه الحالات — هو فى معنى العلم ، وحكمه ...

فمن غلب على ظنه أنه لن يصاب .. وجب عليه .. أما إذا شك فيه من غير رجحان .. فإن الشك لا يسقط الوجوب .

الشرط الرابع : العدالة ... وهذا الشرط لبعض الفقهـاء ، فيرون أن الآمر بالمعروف ، والناهى عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقا ويحتجون بقوله تعالى : ـ « أتأمرون الناس بالبر ، وتنسون أنفسكم ؟!(١)، وبقوله سبحانه: « يأيها الذين آمنوا : لم تقولون مالا تفعلون ؟ ! كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون !! » .

وعند هؤلاء أن هداية الغير فرع للاهتداء ، وتقويم الغير فرع للاستقامة ... وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزا عن إصلاح غيره !!

ولكن الراجح ـ عند الفقهاء ـ أن للفاسق الحق فى أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ... وأنه لا يشترط فى الآمر أو الناهى أن يكون (معصوماً) عن المعاصى كلها . لأن فى اشتراط هذه العصمة ـ سداً لباب الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر .

والأصل فى هذا أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصى ـ أى بارتكابه المحرمات، وترك الواجبات ... فاذا حرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى ذلك أن ترك الواجب — وهو هنا عصيان الفاسق — يسقط غيره من الواجبات ... وأن (الواجب) يصير (حراماً) بسبب ارتكابه حرام آخر .

---

(١) البقرة : آية ٤٤ .

(٢) الصف : آية ٣ ، ٤ .

وليس فى الآيتين االتين استدل بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر . . . وإنما جاء بالنفى على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه . . . وينهى عن المنكر ويأتيه !! .

والمقصود من الآيتين أن يطابق (فعل الإنسان) (قوله) . ليكون لقوله أثره ، ونتيجته المرجوة(١) .

الشرط الخامس : الإذن . . . وهو ليس شرطا عاما عند الفقهاء بل يشترطه بعضهم فقط ... أى لايأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر إلا بعد إذن الإمام (الحاكم) أو من ينيبه ـ له ، لأن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة ... ولأن تركها إلى الأفراد دون قيد أو شرط يؤدى إلى الفساد والفتن .

ولكن أغلب الفقهاء على خلاف هذا الرأى ، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما ... ويرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام أو الحاكم لأداء هذه المهمة لا يمنع غيرهم من القيام بها .

وحجتهم أن النصوص الواردة فى الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر بصفة خاصة توجب على كل فرد أن يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر . . وتجعل كل من رأى منكراً وسكت عليه .. عاصيا ، وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رآه ، وكيفما رآه... فالتخصيص بشرط التفويض والإذن من الإمام تحكم لا أصل له ... وفضلا عن ذلك فإن الإمام أو الحاكم ممن يوجه إليهم الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر . . . وإذا كان من الواجب أن يؤمر الإمام بالمعروف ، وينهى عن المنكر . . . فكيف تحتاج القضية إلى إذنه لتأدية هذا الواجب ؟ !

والرأى الأخير هو الذى جرى عليه العمل فى كل العهود ، حتى فى الأوقات

---

(١) انظر : احكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٢ ، ٣٣

التى خصص فيها الخلفاء و الولاة رجالا معينين للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.. فإن هذا التخصيص لم يمنع أى فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب .

بل لقد كان بعض الأفراد يتصدون للولاة و الخلفاء فيأمرونهم بالمعروف ، وينهونهم عن المنكر . . . ويتصدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء أو الولاه أن يقولوا لمن فعل ذلك : أنت مخطىء . فالذين يشترطون (إذن الإمام) يقصدون من هذا الشرط - تنظيم عملية الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ، ولا يقصدون تحريمها على من لم يأذن له الإمام أو الحاكم .

فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمراً فكسر دنانهم وأراق خمرهم ... أو وجد رجلا يزنى ولم يستطع منعه إلا بقتله .. فقتله هذا الإنسان لا يعتبر مرتكبا لجريمة الإتلاف . . أو لجريمة القتل ، لأن الفعلين — وهما الكسر أو الإراقة .. والقتل للزانى مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة ... وإنما يعاقب على مخالفته أمراً . . أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية(١) .

متى يطلب من المكلف أن يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر ؟

الإجابة عن ذلك نقول : — ليس (الأمر بالمعروف) شروط خاصة . . . ولا أوقات معينة ، لأن الأمر بالمعروف نصيحة ، وهداية ، وتعليم ... وكل ذلك جائز فى كل وقت وفى أية مناسبة .

أما النهى عن المنكر وتغييره . . فله شروط خاصة ، يجب توافرها ، لجواز النهى ، أو التغيير . . وهذه الشروط هى :

١ — وجود منكر .

٢ — وأن يكون موجوداً فى الحال .

(١) انظر : البحر الرائق جـ ٥ ص ٤٥ — اسنى المطالب جـ ٤ ص ١٧٩ مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٤٨ — تفسير المنار جـ ٤ ص ٢٣ .

٣ — وأن يكون ظاهرا دون تجسس .

٤ — وأن يدفع المنكر بأيسر مايندفع به .

أما الشرط الأول ـ وهو وجود منكر ـ فقد اشترط العلماء لجواز النهى عن المنكر ، أو تغييره أن يكون هناك منكر . . . والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة ، أو كل ما هو محظور الوقوع فيه فى الشرع .

ويستوى أن يكون (فاعل المنكر) مكلفا . . أو غير مكلف . . فمن رأى صبيا أو مجنونا يشرب الخمر فعليه أن يمنعه ، ويريق خمره .

وكذا إن رأى مجنونا يزنى بمجنونة ، أو يأتى بهيمة ، فعليه أن يمنعه .

ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة — من الذنوب — فى النهى عن المنكر أو تغيير المنكر . . فكشف العورة فى الحمام . . والخلوة بالأجنبية وإتباع النظر للنسوة الأجنبيات . . . كل ذلك منكر ، ويجب النهى عنه ، ومنعه .

ولكن يشترط فى (المنكر) أن يكون منكراً معلوما دون حاجة إلى اجتهاد . فكل ما هو محل اجتهاد يكون النهى عنه ، أو تغييره لا محل له . . فليس لحنفى — مثلا — أن ينكر على شافعى أكله الضب والضبع . . . وليس لشافعى أن ينكر على حنفى نكاحا — مثلا ليس فيه ولى[1] .

الشرط الثانى : أن يكون المنكر موجوداً فى الحال . . بمعنى أن تكون المعصية — المنكرة وواقعة فعــلا ، وصاحبها يباشرها وقت النهى أو إرادة التغيير . . كشرب الخمر . أو الخلوة بالأجنبية . . . فإذا كان العاصى قد فرغ من المعصية فليس ثمة مكان أو مجال للنهى عن المنكر أو تغييره . . . وإنما

---

(١) انظر : أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٨٠ .

صار هناك محل للعقاب على المعصية . . والعقاب من حق (السلطات العامة) وليس للأفراد . . . فإذا اعترض شخص طريق الجاني بجرحه ، أو آذاه ، أو شتمه فهو مرتكب لجريمة .

أما إن فعل ذلك أثناء مباشرة المعصية والجريمة ، وكان المنع عنها يقتضي هذا (الاعتراض) فهو ناه عن منكر ، أو مغير لمنكر ولا يعتبر فعله جريمة ؛ لأن فعله هذا أداء لواجب .

وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول . كمن يعد الموائد ويزين المجالس استعدادا لشرب الخمر ، فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ ، والنصح ، وبيان المضار . . . وأما مازاد على ذلك كالشتم والتعنيف ، أو الضرب ، أو التكسير . . فهو جريمة ، بل إن الوعظ أو النصح لا يجوز إذا أنكر العاصي عزمه على الشرب ، لأن الوعظ والنصح — بعد إنكاره — إساءة ظن بالمسلم .

الشرط الثالث : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به (بأيسر الطرق) : شرط العلماء في دفع المنكر ، ومنعه أن يكون بما يندفع بأيسر السبل وبالطريقة المعتادة لذلك . . . فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يستحق ، ما دام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر . . ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه ، لأن ما زاد عن الحاجة الضرورية يعتبر جريمة .

ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يندفع به في حالة عدم القدرة . . فإذا كان المنكر يدفع باليد : ولم يكن الواقع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بلسانه — زجراً ونصحا — فإن لم يستطع دفعه بقلبه .

ودفع المنكر بما يندفع به يقتضي أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر . . وباختلاف حال فاعله ، لأن ما يندفع به شخص . قد لا يندفع به آخر .

الشرط الرابع : أن يكون ظاهراً دون تجسس ، أو تفتيش :

فإذا توقف التعرف على المنكر — على التجسس ، أو التفتيش ، أو التلصص أو التصيد لم يجز إظهار هذا المنكر ، لأن الله تعالى حرم التجسس فى قوله الكريم : « ولا تجسسوا »[1] ، ولأن للبيوت حرمة ، وللأشخاص حرمة لايجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية ، ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن تتبع عورات الناس ، فقال لمعاوية :

« إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم ، أو كدت تفسدهم ... » .

وتحريم التجسس والتفتيش يترتب عليه أنه لاينبغى لإنسان أن يسترق السمع — مثلا — على دار غيره ، ليسمع صوت الغناء ، والأوتار ، ولا يستنشق ليدرك رائحة الخمور والحشيش ... وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها ... ولا أن يدخل بيته ليعرف أى شىء يخفيه بداخله .. ولكن إذا غلب الظن بأن هناك رائحة حشيش — مثلا — خارجة من مسكن ، أو أن يخبره من يثق فى صدق كلامه أن رجلا اختلى بامرأة ليزنى بها ، أو برجل ليقتله .. فيجوز فى هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش حذرا من فوات ما لايستدرك من انتهاك المحارم ، وارتكاب المحظورات[2] .

---

(١) سورة الحجرات : آية ١٢ .

(١) انظر : الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢١٨ .

(ما يلحق بالسكوت المحظور ...)

(أ) ومن السكوت المحظور عدم الوصية بالوديعة عند إشراف الوديع على الموت . .

فمن المقرر أن مهمة الوديع — المود عنده — المحافظة على الوديعة حتى يستردها المودع عند طلبه ، أو حدوث مقتضى لذلك الرد .

ولكن قد يحدث أن الوديع يمرض مرضا يغلب على الظن إشرافه على الموت .. أو قام عذر يشبه ذلك — كأن حبس لقتله قصاصا ، أو حدأ إلى غير ذلك من الأمور التى يتوقع معها الهلاك عادة ...

فالواجب فى هذة الحالة إما رد الوديعه إلى صاحبها ، أو يوصى بها إليه ؛ حتى لا تتعرض الوديعة لخطر الفوات على صاحبها ، بسبب جحد الورثة لها، أو معارضة الدائنين — فى ردها .

ويدل على وجوب الوصية — فى هذه الحالة — بالوديعة :

أولا : قول الله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » .

ويفهم من هذا النص الكريم وجوب رد الأمانات إلى أهلها ، ولا يتأتى الرد إلا بالمحافظة على الوديعة من الوديع مدة وجودها تحت يده ، بأية طريقة كانت ... ولما كان الأمر كذلك فإنه يجب على الوديع الوصية بها عند تعرضه لما يتوقع منه الموت ، أو عجزه عن الرد .

ثانيا : انه يجب على الوديع — إذا كان مسافراً وتعذر عليه رد الوديعة إلى صاحبها . . يجب عليه أن يوصى بها له ... وبالتالى يجب عليه ردها عند مرضه . . قياساً للمرض على السفر .

والحكمة من هذه الوصية هى المحافظة على الوديعة من الضياع ؛ لأنه إذا لم يوص بها فقد يدعيها وارث لنفسه ، وقد يتصرف فيها ، اعتماداً على ظاهر

اليد(١) ... وقد يجحدها وينكرها ... والوصية بالوديعة تقطع كل هذه الاحتمالات، وتحمل الوارث على الأداء، وعدم الجحود بها لو علم بالوصية.

ولكن ... هل يمكن الاكتفاء بالوصية مع إمكان الرد إلى المودع أو من يقوم مقامه من وكيل وغيره ؟.

١ — قال بعض الإمامية، وغالبية الشافعية، أنه لا ينتقل إلى الوصية إلا بعد العجز تماما عن الرد إلى المودع، أو من يقوم مقامه.

٢ — ويرى أكثر الإمامية جواز ذلك ... أى جواز الوصية مع تيسر الرد وإمكانه.

ولكن .... ما رآه أغلب الشافعية ... وبعض الإمامية هو الأحوط، لأن الوصية بالوديعة — مع القدره على ردها — يعرضها للضياع والادعاءات، لأنها لا تصل إلى يد الموصى له، لسبب من الأسباب فتضيع على صاحبها(٢).

ما المراد بالوصية هنا ؟؟

المراد بالوصية هنا إعلان الوديع بها كل شخص أمين .. وارثا، أم قاضيا، أم غيره ... مع وصفها له وصفا يميزها عن غيرها.

ويجب على الوديع الإشهاد على الوصية، بأن يشهد عليها شاهدين عدلين ؛ حتى يحصل بهذه الشهادة — الإثبات .. عند إنكار الورثة أو الذائنين للإيداع؛ اعتماداً منهم على ظاهر اليد(٣) (الحيازة).

ويجب أن يكون الموصى له .. أمينا .. سواء أكان وارثا، أم أجنبيا

---

(١) أى الحيازة لها.

(٢) انظر : نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٩٣ — مفتاح الكرامة جـ ٦ ص ٢٠.

(٣) انظر : تحفة المحتاج جـ ٦ ص ١٦٨.

أم غير ذلك ، لأنه لو كان غير أمين — بأن كان فاسقا — ضمن الوديع ، غير أنه غرر بالوديعة ، فوضعها عند من لا يؤتمن عليها(١) .

ولكن ... ما الحكم إذا سكت الوديع عن الوصية بالوديعة وهو مشرف على الهلاك أو الموت ؟؟

إذا ترك الوديع الوصية بالوديعة فى حالة مرضه الأخير يكون ضامنا لها : لأنه تعدى بترك ما وجب عليه ، فيضمنها الوديع بمثلها أو بقيمتها ، سواء أتلفت بترك الإيصاء .. أم بغيره(٢) .

ولكن الفقهاء اختلفوا فى تحديد وقت الوصية بالوديعة ...

(١) فقال بعض الشافعية وبعض الإمامية : يجب على الوديع أن يوصى بالوديعة فور مرضه ، فان لم يفعل — حتى مات — ظهر لنا تقصيره المستوجب للضمان ... معللين ذلك بأنه يجب على الوديع أن يوصى بالوديعة بمجرد حلول المرض به ... بحيث لو أخرها إلى موته كان ضامنا للوديعة ، لأنه بترك الوصية يعتبر مقصراً ، ومتى وجد منه التقصير وجب عليه الضمان(٣) .

(٢) وقال أغلب الشافعية ... يجوز للوديع تأخير الوصية بالوديعة إلى الوقت الذى يغلب فيه على ظنه أنه سيفارق الحياة ... فاذا تركها حتى مات كان ضامنا لها من وقت موته !! ... معللين رأيهم بأنه يجوز للوديع تأخير الوصية بالوديعة إلى الوقت الذى فيه على ظنه مفارقته الحياة ... وأنه لا يضمنها إلا إذا مات فعلا ، لأن الموت كالسفر من حيث أن كلا منهما له مقدمات ، فكما لا يضمن بمجرد العزم على السفر .. فكذلك لا يضمن بالمرض ، وإنما يوجد

---

(١) انظر : الوجيز ج ١ ص ٢٨٤ .

(٢) انظر : حاشية الشروانى ج ٦ ص ١٧٠ .

(٣) انظر : جواهر الكلام ج ٢ ص ٣٧٨ ، ومسئولية الوديع ج ٢ د ، أحمد عطيه ٣٨٧ .

الضمان إذا سافر فعلا .. أو مات (١) .

وقد يناقش هذا الرأى بأن تأخير وجوب الضمان إلى الموت يؤدى إلى عدم ضمان الوديع للوديعة فى أول أزمنة المرض ... بل فى الأخير منها ! لأنه الذى تحقق به التفريط .... وهذا غير مسلم به ، لما يترتب عليه من انتفاء ضمانه لها إذا تلفت بعد ظهور أمارات الموت عليه ..

من هنا نرى أن الرأى الأول أقوى ، لما فيه من الاحتياط لضمان وصول الوديعة إلى صاحبها ، ولأنه لا ضرورة تدعو الوديع إلى الإمساك بالوديعة ، فان تعذر عليه ردها فلا أقل من أن يوصى بها .

لذا يجب عليه المبادرة بالوصية ، لأنها السبيل للمحافظة على الوديعة ، ودفع الخطر عنها (١) .

من كل ما تقدم يمكن لنا القول : ـ إذا قضينا على الوديعة بوجوب الوصية عند المرض المخيف .. فان تركها — أى ترك الوصية — فى هذه الحالة ، يكون مقصرا ، لعدم قيامه بفعل وجب عليه ... أو لتركه البيان الذى يحدد الوديعة بما يضمن حفظها وصيانتها من الفوات على صاحبها ، وتقصيره فى ذلك مستوجب لضمان الوديعة بمثلها — إن كانت مثلية — أو بقيمتها — إن كانت متقومة —

ويرجع فى تحديد المثل .. أو القيمة إلى الحالة التى كانت عليها الوديعة يوم دخولها فى ضمانه ... وهو يوم إشرافه على الموت بمرض ، ونحوه ، لأنه الوقت الذى يجب عليه فيه أن يوصى بالوديعة (٣) .

وهذا كله إذا تمكن من الوصية ... إما إذا تعذر عليه الوصية بأن

---

(١) انظر : نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٩٣ .

(٢) انظر : جواهر الكلام — القسم الثانى جـ ٢ ص ٣٧٨ .

(٣) انظر : اسنى المطالب جـ ٣ ص ٧٧ .

مات فجأة .. أو غيلة (غدراً) فانه لا يضمن ، لأنه لو جعلنا ذلك تقصيرا مستوجبا للضمان لكان معناه وجوب الوصية على كل وديع ... من حين قبضه للوديعة ... حتى أنه لو أخر ذلك ساعة واحـــدة لكان ضامنا .... وهذا لم يقـ به أحد من الفقهاء ، ولم يجر به عرف الناس فى ودائعهم. (١)

---

(١) انظر : حاشية البجرمى على المنهج جـ ٣ ص ٢٦٧ .

المبحث الثالث

(سكوت الشاهد)

من السكوت المحظور . . . سكوت الشاهد . .

والكلام — هنا — ينتظم المسائل الآتية :

أولا : تعريف الشهادة :

تقول كتب اللغة : الإشهاد : مصدر — فعله : أشهد يشهد . . والثلاثى : شهد من باب سلم . . وجاء فى مختـــار الصحاح : (أشهده على كذا ، فشهد . واستشهده سأله أن يشهد . . وشهد على كذا — من باب سلم — وشهده : حضره وشهد له بكذا : أدى ما عنده من الشهادة)(١) .

فالإشهاد : طلب تحمل الشهادة ، بالمعاينة . . . أو طلب أداء الشهادة عند القاضى . . . ويستعمل الفقهاء (الإشهاد) : بمعنى طلب الشهود ، لتحمل الشهادة بحضورهم لمعاينة المشهود به ، ومعرفتهم ما وقع(٢) .

ثانياً : ما يطلب فيه الإشهاد شرعا .

ويراد بما يطلب فيه الاشهاد — شرعا — الأفعال ، والتصرفات ، والأمور التى طلب الشارع فيها إلى المكلفين إحضار من يتحمل الشهادة عليها عند حصولها موثقا لأنفسهم ، لإمكان تقديم البينة عند الحاجة : كإحضار من يؤدى الشهادة أمام القاضى — عند حصول المنازعة ، لإبراء الذمة ، وإثبات حق ، أو دعوى كطلبه إحضار أربعة شهداء — فى إقتراف جريمة الزنا ، أو الرمى بها ، فى قوله

---

(١) مختار الصحاح : مادة : شهد .

(٢) انظر : معين الحكام للطرابلسى ص ٦٨ .

تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم — فاستشهدوا عليهن أربعة منكم[١] » سواء أكان الطلب على وجه الوجوب ، والفرضية . . أم كان على وجه الندب ، والاستحباب — تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، وتستوجبه دواعى التكليف .

فالحقوق التى لها مطالب من جهة العباد — يتحمل الشاهد فيها الشهادة بالإشهاد . أو بالمعرفة والاتصال، ويكون أداء الشهادة فيها واجبا ، ومفروضا إذا دعاه صاحب الشأن ، أو خاف ضياع الحق — إذا لم يشهد .

وقد نهى الله تعالى : عن عدم إجابة الدعوة إلى أداء الشهادة . فقال سبحانه : « ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا »[٢] . . كما نهى عن كتمان الشهادة ، وتوعد من يكتمها بالعقاب ، فقال جل شأنه : « ولا تكتموا الشهادة ، ومن يكتمها فانه آثم قلبه ، والله بما تعملون عليم »[٣] .

أما جريمة الزنا فهى اعتداء على حق الله الخالص . . وليس فيها حق يطالب به العبد . . ومثل هذا النوع . وحين تقع الجريمة ، ويقع نظر الشهود عليها — يكون الشاهد مأموراً — أمراً فورياً — بأحد أمرين ، وكلاهما حسبة لله على الشاهد :

أولهما : أداء الشهادة ، لإقامة حد الله تعالى ، ومنع الفساد فى الأرض ، وتثبيت دعائم الفضيلة فى المجتمع .

وثانيهما : الستر . . عملا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من ستر على مسلم ستره الله تعالى ، فى الدنيا ، والآخرة » ، ولمنع أن تشيع الفاحشة فى المؤمنين : باعلان الخصومة . . والمقاضاة ، لقوله تعالى : « إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة — فى الذين آمنوا — لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة[٤] » .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٥ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٤) انظر سورة النور : آية ١٩ .

وعلى الشاهد أن يختار بين أكثر الواجبين نفعا لجماعة المؤمنين ، وتحقيقا لصالحهم : هل يكون الستر أفضل ، لأن المرتكب ذو مكانة فى الناس ، وقد زل زلة ، وعثر عثرة .. فوجب إقالة عثرته .. عسى أن يتوب ، فيتوب الله عليه ، ولأن الشهادة إعلان الجريمة ، وإشاعة للفاحشة ، وتسهيل لارتكابها ؟

أو يكون الأولى كشف الجريمة ، وإعلانها ، منعا للجريمة ، ووقاية للمجتمع من شرور هذا المجرم الآثم !؟ هو مخير بين هذين النظرين .

.. وإذا اختار الشهادة فلا بد أن يكون الشهود أربعة من الرجال ، لقوله تعالى :- « والذين يرمون المحصنات ، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء — فاجلدوهم ثمانين جلدة(١) ..!! » .

ولقوله تعالى : - « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم — فاستشهدوا عليهن أربعة منكم(٢)!! » .

فإن هذين النصين ، وما فى معناها — يدلان على أنه يشترط — لإثبات الزنا — شهادة أربعة من الرجال ، لأنه فى مقام بيان الحجة المثبتة لهذه الجريمة ، وترتيب العقوبة التى حددها الشارع - على ثبوتها !! .

ومما تقدم علمت : أن الشاهد محظور عليه أن يكتم الشهادة حيث يخاف ضياع الحق ... وقال ابن عباس رضى الله عنه — :(على الشاهد أن يشهد — حيثما استشهد ، ويخبر — حيثما استخبر — قال : ولا تقل أخبر بها عند الأمير .. بل أخبره بها ، لعله يرجع ، ويرعوى(٣)).

---

(١) انظر : سورة النور : آية ٤ .

(٢) انظر : سورة النساء : آية ١٥ .

(٣) انظر : القرطبى جـ ٣ ص ٤١٥ ، وأحكام القرآن لابن عربى جـ ص ٢٥٦ — طبعة أولى .

وقد جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (١) :— (.. المسألة الأولى : — فى تحمل الشهادة ، وأدائها — وكلاهما فرض كفاية .. إلا إن تعين — أما التحمل فلا يجب على الشاهد أن يتحمل إلا أن يفتقر إليه ، ويخشى تلف الحقوق — لعدمه — وأما أداء الشهادة فيجب على من تحملها إذا كان متعينا — وذلك إذا لم يشهد غيره .. أو تعذر أداء سائر الشهود ، ودعى لأدائها من مسافة قريبة — كالبريد ، والبريدين — ولا يجوز أخذ الأجرة على الأداء ، لأنه واجب) .

وخلاصة ماتقدم : — أن الشهادة نوعان :—

١ — شهادة تحمل ...

٢ — وشهادة أداء .

(ا) وتحمل الشهادة معناه : علم الشاهد بالحادثة — عند حصولها ، وفهمه لها ، وإحاطته بها ، على وجه صحيح ، يترتب عليه أثرها : وهو وجوب القضاء بها : إما بإشهاد صاحب الحق ، وطلبه ، أو بحضور الشاهد ومشاهدته .

وتحمل الشهادة مندوب ، ومستحب ، إحياء للحقوق .. إلا أن يترتب على عدم التحمل ضياع الحق .. فيكون التحمل — حينئذ — واجبا ، محافظة على الحقوق من الضياع .. وهذا إذا مادعى الشخص للشهادة من صاحب الحق(٢) .

(ب) أما أداء الشهادة : فمعناه : أن يشهد الشاهد بما تحمله أمام القضاء ، فى مجلس الحكم .. وهذا واجب حتم — إذا مادعاه صاحب الحق للأداء .

---

(١) انظر : القوانين الفقهية ، لابن جزى ص ٣٣٩ — طبع دار العلم للملايين — بيروت .

(٢) انظر : معين الحكام للطرابلسى ص ٦٨ .

وقد قيل — فى تأويل قوله تعالى : — « ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا » .
أنه يحتمل أن يكون المراد هو النهى عن الإباء عن تحمل الشهـــادة ، إذا مادعاه صاحب الحق إلى تحملها ، ضمانا لحقه فى المستقبل — عند حصول نزاع عليه ... فيكون النهى لكراهة الآباء عن التحمل . . كراهة تنزيهية . . ومرجعها (خلاف الأولى) . . ويكون التحمل مندوبا إليه — شرعا — لمافيه من إعانة المسلم على حفظ حقه .

ويحتمل أن يكون النهى موجها الى الذين تحملوا الشهادة بالفعل ، فى الماضى ... ينهاهم الشارع عن الإباء عن أداء الشهادة — أمام الحاكم عند الخصومة — اذا دعاهم صاحب الحق لأدائها . . فيكون النهى للتحريم . . ويكون أداء الشهادة واجبا مفروضا .

وهذا كله فى غير الحدود . . وعندطلب صاحب الحق . . ولم يخالف فى ذلك أحد ، لأن الله تعالى قد نهى عن كتمان الشهادة بقوله سبحانه : —

« ولا تكتموا الشهادة » . . والنهى عن الشىء (أمر) بضده . . فيكون أداء الشهادة مأمورا به . . وأكد هذا النهى بتأثيم من يكتم الشهادة — وهذا تحذير وتهديد بالعقاب ، فقال : « ومن يكتمها فإنه آثم قلبه » !! فإنه حكم صريح بثبوت الإثم على الكتمان . . ومن لازم الإثم العقاب .

وإنما كان أمر أداء الشهادة على هذا الوضع ، لأن الحقوق تحيا بالشهادة ، وتثبت !! وبدونها تضيع ، وتهلك !!

أما فى الحدود — كالزنا ، وشرب الخمر ، والسرقة — فان أداء الشهادة فيها غير واجب — أصلا لأن الشاهد مخير فيها بين أن يشهد ، وألا يشهد . . بل أن ترك الشهادة أفضل ، تحصيلا للستر المطلوب شرعا — بحديث :(من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة) .

وهذا فى غير المتهتك ، الفاجر .. أما هو : فالشهادة عليه أولى ، ثم والفساد — فى غير حد السرقة — فان الشهادة فيه واجبة ، إحياء للمال

ومن كل ماسبق علمت أن كتمان الشهادة ، وعدم الإدلاء بها على الوجه المطلوب — عند الدواعى المقتضية لذلك — ممنوع شرعا(١) والله أعلم .

---

(١) انظر : المراجع السابقة .

المبحث الرابع

السكوت لعذر !!

السكوت لعذر — كالأخرس — وأثر ذلك فى تصرفاته ..

هذا المبحث مسوق لبيان الحكم على تصرفات الأخرس التى تصدر منه ... وميزانها بالميزان الشرعى — الذى توزن به تصرفات المكلف العادى ... وهل يحكم عليها بالصحة .. أو الفساد ؟ أو الوجوب ؟ أو التحريم ؟ ... أعنى بكل ذلك الآثار الشرعية المترتبة على تصرف الأخرس ..

على ضوء هذا التمهيد أقول :

ينبغى أن نعرف على الوسيلة التى يلجأ إليها الأخرس — وهى عادة الإشارة — ثم نبين — بعد ذلك — أثرها على تصرفاته :

تعريف الإشارة :

١ — جاء فى المعجم الوسيط(١) : أشار إليه بيده أو نحوها : أومأ إليه معبرا عن معنى المعانى كالدعوة إلى الدخول أو الخروج .

والإشارة : تعيين الشيء باليد ونحوها .. والتلويح بشيء يفهم منه المراد .

وشار الشيء : عرضه ليبدى ما فيه من محاسن .

ويقال : شار الدابة : أجراها عند البيع ليظهر قوتها ... وفى حديث طلحة : « كان يشور نفسه أمام الرسول صلى الله عليه وسلم » أى يسعى ويخف ليظهر بذلك قوته .

وشور إليه بيده ونحوها : أشار ... وشور بالنار : رفعها .. وشور فلانا وشور به : أخجله ، وفعل ما يخجله ..

---

(١) جـ ١ ص ٥٠١ .

٢ — وجاء فى أسرار البلاغة للزمخشرى(١) :

أومأ إليه بالمشيرة وهى (الإصبع) السبابة .

٣ — وجاء فى القاموس المحيط(٢) .

شور إليه : أومأ ـ كأشار — ويكون بالكف أو العين أو الحاجب . .

وشيرك : مشاورك ، ووزيرك . . وجمعه شوراء .

٤ — وجاء فى المصباح المنير (٣) .

أشار إليه بيده إشارة . . وشور تشويرا . لوح بشىء يفهم من النطق فالإشارة ترادف النطق فى فهم المعنى . . كما لو استأذنه فى شىء فأشار بيده أو رأسه أن يفعل أو لا يفعل ، فيقوم مقام النطق .

ومن كل هذا نفهم أن (الإشارة) فى اللغة هى كل ما يفهم منه غرض المشير الذى لا ينطق . .

أما تعريفها عند الفقهاء : فالذى يفهم من كلامهم أنها لا تخرج عن مدلولها اللغوى وعليه . . نستطيع أن نعرفها فنقول :

هى كل ما يفيد الإيماء أو التلويح — التعبير عن مقصد — سواء أكان ما يشار به هو اليد . . أم الرأس . . أم الإصبع . . أم غير ذلك .

أثر الإشارة على التصرف : التصرف الصادر عن « المشير » إما أن يكون المشار إليه بيعا . . أو خلافه . . . ولذلك نبين أثر الإشارة على كل تصرف على حدة فنقول :

أولا : قد يكون التصرف بيعا . . . فما أثر الإشارة فى صحة هذا البيع أو فساده ؟ تتفق كلمة الحنفية و المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والإمامية والإباضية . . . على جواز صحة عقد البيع بالإشارات المفهومة من

---

(١) ص ٢٤٤ .

(٢) جـ ٢ ص ٢٦٥ — مطبعة السعادة .

(٣) فى مادة شـــور .

الأخرس لأن الإشارة إذا لم تعتبر وسيلة البيع ـ فى هذه الحالة ـ أدى ذلك إلى حرمانه من « حق التعاقد » . . وفى هذا من الضرر ما لا يخفى .

وهذا ما فهمناه من نصوص الفقهاء الواردة فى هـــذا المجال . . . وإليك بعضا منها :

١ — الحنفية : جاء فى « بدائع الصنائع »(١) : « أنه إذا كان البيع سلما ، فإنه يكفى الإشارة إلى رأس المال ، مما يتعلق العقد بقدره ، من المكيلات ، والموزونات ، والمعدودات المتقاربة . . . وهذا قول الإمام أبى حنيفة ، وسفيان الثورى ، رحمهما الله تعالى . .

وقال أبو يوسف ومحمد : « إن هذا ليس بشرط ، والتعيين بالإشارة كاف لأن الحاجة إلى تعيين رأس المال . . . وذلك حصل بالإشارة إليه — فلا حاجة إلى إعلام قدره . . . أما إذا كان رأس المال مما لا يتعلق العقد بقدره — من الذرعيات والعدديات المتفاوتة . . . فإنه لا يشترط إعلام قدره ، ويكتفى فيه بالاشارة — بالإجماع — وكذا إعلام قدر الثمن فى بيع العين ليس بشرط ، والإشارة كافية بالإجماع .

فلو قال شخص لآخر : أسلمت إليك هذه الدنانير ، أو هذه الدراهم ، ولا يعرف وزنها . . أو هذه الصبرة — ولم يعرف كيلها . . . فإنه لا يجوز عند أبى حنيفة . . . ويجوز عند صاحبيه .

ولو قال أسلمت إليه هذا الثوب ، ولم يعرف ذرعه . . . أو هذا القطيع من من الغنم ، ولم يعرف عدده . . . جاز بالإجماع . . . » .

وهذا كله إذا كان الأخرس لا يحسن الكتابة . . . فإن كان يحسنها ففى صحة عقده بالإشارة روايتان فى المذهب الحنفى :

الرواية الأولى ـ وهى الظاهرة ـ : أن العقد لا ينعقد بالإشارة وإنما ينعقد

---

(١) انظر : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع الكاسانى جـ ٥ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ .

الـكتابة ، لأن الـكتابة أبلغ فى الدلالة على المراد ، وأبعد الاحتمال من الإشارة .. فوجب المصير إليها ... وبهذا قال بعض الشافعية .

الرواية الثانية : أن العقد ينعقد بالإشارة كما ينعقد بالـكتابة ، لأن الـكلام هو الأصل فى التعبير عن الإرادة ، وعند العجز عنه ينتقل إلى ما يقوم مقامه .. والإشارة ، والـكتابة فى ذلك سواء .

وإما كان العاقد قادرا على النطق والعبارة .. فلا ينعقد العقد بالإشارة عند جمهور الفقهاء لأن الـكلام هو الأصل فى التعبير عن الإرادة ، ولا يلجأ إلى غيره إلا عند الضرورة .. ولا توجد الضرورة بالنسبة للقادر على النطق والإتيان بالعبارة .

٢ — المالـكية : ورد فى حاشية الدسوقى على الشرح الـكبير[١] : « أن البيع ينعقد بما يدل على الرضا من العاقدين ، وذلك يكون بأى شىء : كبعت واشتريت .. وغيرة من من الأقوال .. أو الإشارة .. والمعاطاة من الجانبين .. أو يكون بالـكتابة منهما .. أو بقول من أحدهما وكتابة من الآخر .. أو إشارة منهما .. أو من جانب .. وقول أو كتابة من الجانب الآخر » .

ويرى المالـكية - إذا كان الأخرس يحسن الـكتابة - أن « الإشارة » منه ينعقد بها العقد كالعبارة والـكتابة تماماً ، لأن المطلوب فى إنشاء العقود هو التعبير عن الإرادة بما يدل عليها .. والإشارة - إذا كانت مفهومة - تدل عليها كالعبارة .. إلا أنهم استثنوا من ذلك « عقد الزواج » .. فمنعوا انعقاده بالإشارة ، لما لهذا العقد من الأهمية والخطورة التى يناسبها التأكد من حصول رغبة المتعاقدين فى إبرامه ، والإعراب عن إرادتهما بما يدل على احترامه وعدم الاستهانة بشأنه[٢] .

٣ — الشافعية : جاء فى حاشية البجرمى على المنهج : « أن البيع لا بد فيه من التراضى بين البائع والمشترى ، والتراضى يكون باللفظ ، أو فى معناه من الـكتابة

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ — الحلبى .

(٢) انظر حاشية الدسوقى على المنهج .. ومواهب الجليل ج ص ٢٢٩ .

وإشارة الأخرس »(١) .

٤ ـ الحنابلة : ورد فى المغنى .. والشرح الكبير : « أن البيع يقوم على الإيجاب والقبول ، أو لفظ يدل عليهما .. فإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه .. فإن لم تفهم إشارته قام وليه — من الأب — أو وصيه ، أو الحاكم مقامه .. »(٢) .

٥ — الزيدية : جاء فى شرح الأزهار : « أن البيع والشراء يصحان من الأخرس وذلك بالإشارة التى يفهم منها مراده ، فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها »(٣) .

٦ — الإمامية : وقد نص صاحب شرائع الإسلام : « أن عقد البيع هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر ، بعوض معلوم .. ولا يكفى (التقابض) من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع سواء كان فى الحقير أو الخطير .. ويقوم مقام اللفظ « الإشارة » مع العذر(٤) .

٧ — الأباضية : جاء فى شرح النيل : « أن البيع ينعقد بالألفاظ التى تدل عليه : كبعتك كذا بكذا ... او بالإشارة .. أو كتابة من الأخرس والممنوع من كلام ونحو ذلك مما يدل على رضا بالبيع ... مثل أن يناوله لمريد الشراء(٥) .

ونرى أن ماذهب إليه المالكية هو الراجح ، لأنه هو الذى يساير مقتضيات التعامل .. وهو الموافق لما أخذ به القانون المدنى الجديد(٦) .

ثانيا : أثر الإشارة فى « الدعوى » :

« الدعوى » فى اللغة ... مصدر « دعا » ... « وادعى كذا » زعم أنه له حقا ،

---

(٢) انظر حاشية البحرمى على المنهج جـ ٢ ص ١٦٨ — الحلبى .
(٢) انظر المغنى .. والشرح الكبير جـ ٤ ص ٩ — المنار .
(٣) انظر شرح الأزهار فى فقه الائمة الاظهار جـ ٣ ص ٩ .
(٤) انظر شرائع الاسلام جـ ١ ص ١٦٥ .
(٥) انظر شرح النيل وشفاء العليل جـ ٤ ص ١١٩ .
(٦) انظر الوسيط للسنهورى ص ٢٨٩ .

أو باطلا(١) وتدور المادة حول إضافة الإنسان إلى نفسه شيئا : ملكا ... أو استحقاقا ... أو صفة أو نحو ذلك .

وهى فى الشرع : إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شىء فى يد غيره أو فى يد غيره أو فى ذمته ... والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شىء عليه(٢) .

أما أثر الإشارة فى الدعوى :

١ — فيرى الشافعية — كما جاء على لسان صاحب مغنى المحتاج — « أن المدعى عليه إذا أصر على السكوت عن جواب الدعوى لغير دهشة أو غباوة ... جعل حكمه كمنكر للمدعى به .. ناكل عن اليمين... وحينئذ ترد اليمين على المدعى بعد أن يقول له القاضى أجب عن دعواه ، وإلا جعلتك ناكلا .. فإن كان سكوته لنحو دهشة ، أو غباوة شرح له .. ثم حكم عليه بعد ذلك ... وسكوت الاخرس عن الإشارة المفهمة الجواب كسكوت الناطق ... ومن إشارة مفهمة له كالغائب ، والأصم الذى لا يسمع أصلا — إن كان يفهم الإشارة فهو كالأخرس ... وإن لم يكن يفهم الإشارة فهو كالمجنون ... فلا تصح دعواه عليه(٣) .

٢ — أما الحنابلة : فيرون — كما جاء فى كشاف القناع — « أنه إن كان المدعى به عينا حاضرة فى البلد ... لكن لم تحضر مجلس الحكم . . . اعتبر إحضارها ، لتعيين وإزالة اللبس .. »(٤) .

٣ — ويرى الزيدية — كما جاء فى شرح الأزهار — : « أن من شروط صحة الدعوى تعيين « أعراض العقود » نحو أن يدعى عوض مبيع ، أو أجره ، أو مهراً .. فإنها لا تصح دعواه فى شىء من تلك الأعراض حتى يعينها بمثل ما عينها للعقد . . . فإن

(١) القاموس المحيط .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٢٧١ ، الانصاف ج ١١ ص ٣٦٩

(٣) انظر : مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج للشربينى الخطيب ج ٤ ص ٤٣١ — المطبعة اليمنية .

(٤) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ ص ٢٠٣ — الطبعة الاولى سنة ١٣١٩ .

كان أرضا . . أو داراً . . . فبالحدود ، وإن كان غير ذلك من العروض فبما يتميز به من إشارة . . أو وصف . . وكذا الغصب . . والهبة ، (١)

(٤) أما الإمامية فيرون - كما جاء في شرائع الإسلام - : « أن جواب المدعى عليه إن كان به آفة طرش . . توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين . .

ولو استغلقت إشارته - بحيث تحتاج إلى المترجم - لم يكف الواحد . . وافتقر في الشهادة إلى مترجمين عدلين . . ، (٢)

الإشارة . . والشهادة :-

الشهادة لغة : الحضور . . والبيان . . وسميت بذلك لأن الشاهد يبين الحق من الباطل بشهادته . وجاء في القاموس المحيط « الشهادة خبر قاطع » . .

وأما الشهادة في الشرع — فهي : إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص (٣)

أثر الإشارة على الشهادة :-

(١) يقول الحنفية - كما جاء على لسان صاحب المبسوط - : « . . . ولا تجوز شهادة الأخرس لأن أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة . . . حتى إذا قال الشاهد : « أخبر وأعلم » لا يقبل منه ذلك . . ولفظ الشهادة لا يتحقق من الأخرس . . . ثم شهادة الأخرس مشتبه (فيها) فإنه يستدل بإشارته على مراده بطريق غير موجب للعلم ، فتتمكن في شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود . . . ولا تكون إشارته أقوى من عبارة الناطق ، (٤)

---

(١) انظر : شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٢٣ .

(٢) انظر : شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري جـ ٢ ص ٢١٢ للشيخ محمد جواد

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ١٢٣ .

(٤) انظر : المبسوط لشمس الدين السيرخي حـ ١٦ ص ١٣٠ — مطبعة السعادة .

(٢) أما المالكية فيرون - كما قال صاحب الشرح الكبير : « إن شهادة الأخرس جائزة — كما قال ابن سمعان — ويؤديها بإشارته المفهمة ، أو بالكتابة ... ولا يجوز تعيينه في القضاء ... فإذا عين وحكم نفذ قضاؤه .. ووجب عزله » (١)

(٣) ويرى الشافعية : « أن شرط الشاهد ألا يكون أخرس ، وإن فهم إشارته كل أحد . . إذ لا يخلو عن احتمال » . » (٢)

(٤) وعند الحنابلة : — « لاتقبل شهادة الأخرس » . . نص عليه أحمد ، لأنها شهادة بالإشارة « فلم تجز كاشارة الناطق ، لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين ؛ ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق .. ولا يحصل اليقين بالإشارة .

وإنما اكتفى بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ... ولا ضرورة هنا... ولو شهد الناطق « بالإشارة » والإيماء .. لم تصح شهادته إجماعا فعلم أن « الشهادة » تفارق غيرها من الأحكام ... ويحتمل أن تقبل فيما طريقه « الرؤية » إذا فهمت إشارته ، لأن إشارته بمنزلة نطقه . . كما في سائر أحكامه ... والأولى أولى ، لأنا إنما قبلنا إشارته فيما يختص به للضرورة .. ولاضرورة ها هنا ... » (٣)

(٥) ويرى الزيدية : « أنه لا تصح شهادة الأخرس ... وكل من تعذر عليه النطق وذلك في أي نوع من أنواع الشهادات ، لأن من حق الشهادة أن يأتي بلفظها ، لأن شرط الشهادة التلفظ بها . . » (٤)

٦ — أما الإمامية فيرون أن : — « الأخرس يصح منه الشهادة وأداؤها ، ويبني - على مايتحقق - الحاكم - من إشارته . . فإن جهلها اعتمد على ترجمة العارف

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٦٨ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملي جـ ٨ ص ٢٧٧ .

(٣) انظر المغني .. والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي جـ ١٢ ص ٣٣ .

(٤) انظر : شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٩٢ .

باشارته .. نعم يفتقر إلى مترجمين .. ولا يكون المترجمان شاهدين على شهادته بل يثبت الحكم بشهادته أصلا .. لا بشهاده المترجمين - فرعا .. »(٣) .

٧ — والأباضية يوافقون الإمامية . حيث جاء فى شرح النيل : — « أن الشهادة تقبل من الأخرس بايماء .. أو إشارة .. »(٤) .

وخلاصة ماتقدم .. أن شهادة الأخرس تقبل إذا كانت إشارته مفهمة .. وهذا الرأى المالكية .. والامامية .. والاباضية ك.

بينما يرى عكس ذلك الحنفية .. والشافعية .. والزيدية .. وإن كنت أرى أن الرأى الأول هو الراجح ، تيسيراً للمعاملات ، ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك فيما لو تعين ذلك .. فلو قلنا بالمنع لترتب الضرر وهذا أمر لا يخفى .

الإشارة .. والاقرار :

الاقرار فى اللغة : من قر بمعنى : ثبت وسكن(١) .

وعند الفقهاء : اعتراف يوجب حقا على قائله بشرطه(٢) .. ويعرف أيضاً بأنه إخبار المكلف عن نفسه أو عن موكله بحق يلزم .. »(٢)

وأرى أن العلاقة بين المعنيين - اللغوى والشرعى - متقاربة .. وهى أن « المقر » يثبت الحق على نفسه باقراره .

---

(١) انظر : شرائع الاسلام جـ ٢ ص ٢٣٦ .

(٢) القاموس جـ٢ ص ١١٩ — الحلبى ط ٢ ١٩٥٢ م .

(٣) مواهب الجليل جـ١ ص ٢١٦ .

(٤) البحر الزخار جـ٦ ص ٣ .

أما كون « الاقرار » يقبل من الأخرس ـ باشارته المفهمة ـ فالذى يفهم من غالبية نصوص الفقهاء أن الاقرار يصح من الأخرس باشارته المفهمة — عدا الاباضية — فانهم يرون أن « الاقرار » لايعتبر . . ولا يقبل من الأخرس حتى ولو كانت إشارته مفهمة . . وإليك ماورد على لسان الفقهاء فى هـذا الشأن .

١ — جاء فى شرح الخرشى « أن الاقرار يصح أن يكون باللفظ . . أو بالاشارة المفهمة . . سواء أكانت تلك الاشارة المفهمة من ناطق . . أم من أخرس . . »(١) .

٢ — وجاء فى نهاية المحتاج ـ عند الشافعية ـ « أن إشارة الأخرس التى تشعر بأنه يلتزم بحق . . تصح أن تكون صيغة من صيغ الاقرار المستوفية للشروط »(٢) .

٣ — أما عند الحنابلة فقد جاء فى (كشاف القناع) « أن الاقرار يصح من الأخرس باشارة معلومة و لأن اشارته تقوم مقام نطقه . . ولا يصح الاقرار بالاشارة من الناطق كما لايصح الاقرار بالاشارة ، ممن اعتقل لسانه ، لأنه غير مأيوس ـ ميئوس ـ من نطقه . . ولذا أشبه الناطق . . »( ) .

٤ — أما الزيدية . . فقد جاء عنهم فى شرح الأزهار ـ « أن الاقرار يصح من الأخرس باشارته . . مادامت تلك الاشارة مفهومة . . »(٤) .

٥ — والامامية . . يعتبرون اشارة الأخرس المفهمة اقرارا منه كاللفظ ، ويثبت بها الحد . . على ماجاء فى الروضة البهية . . وشرائع الاسلام .

من أنه يثبت الزنا بالاقرار أربع مرات . . ويكفى فى الاقرار به اشارة

---

(١) انظر : شرح الحزشى جـ٦ ص ٨٨ — المطبعة الأميرية .

(٢) انظر : نهاية المحتاج جـ٥ ص ٧٦ الحلبى ١٣٣٧ .

(٣) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع جـ٤ ص ٣٣٥ .

(٤) انظر : شرح الأزهار جـ٤ ص ٣٥٠ .

الأخرس المفهمة يقينا ... كغيره ... ويعتبر تعددها أربعاً كاللفظ - بطريق أولى، ولو لم يفهمها الحاكم اعتبر المترجم العارف بإشارته ... » (١)

٦ — أما الرأى عند الأباضية . . فمختلف تماما عن بقية المذاهب ، حيث يرون أن إشارة الأخرس فى الإقرار غير معتبرة . ، ولا يعتد بها . . على ما جاء فى جوهر النظام من أن الإقرار لا يثبت من الأخرس !؟(٢)

وفى هذا المذهب — كما نلاحظ — ضيق وحرج لا يخفى ، ولذلك نرى أنه مذهب مرجوح - تيسيرا للتعامل ، ورفعا للحرج .

الإشارة والوصيـــة :-

الوصية لغة .. من معانيها الوصل والاتصال .. ووصاه توصية : عهد إليه(٣) لأن الموصى يصل بها ما كان منه فى حياته بما بعد مماته ..

والوصية شرعاً : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع (٤)

أما حكم الوصية « بالإشارة » . . فالظاهر من نصوص الفقهاء . . أنها تصح من الأخرس بإشارته المفهمة (أ) فقد جاء فى البحر الرائق : « وكان الفقيه أبو الليث يقول : إذا فهم منه الإشارة يجوز ... وإذا قرىء صك الوصية على رجل فقيل له هو كذا . . فأشار برأسه : أن نعم فإنه يجوز » (٥)

(ب) وعند المالكية ... جاء فى مواهب الجليل : « أن الإيجاب فى الوصية

---

(١) الروضة البهية .. شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ٣٤٩ وشرائع الاســـلام جـ ٢ ص ٤٤٤ .

(٢) جوهر النظام ص ٤٤٩ .

(٣) انظر القاموس المحيط .

(٤) انظر : المغنى لابن قدامة جـ٦ ص ١ .

(٥) انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم جـ٨ ص ٤٦٥ — الطبعة الأولى / المطبعة العلمية .

يصح بالإشارة المفهمة ... روى عن أشهب فى الموازنة أنهم لو قرءوا الوصية وقالوا : نشهد بأنها وصيتك .. فقال - برأسه - نعم . . ولم يتكلم .. جاز ذلك »[١]

(ج) وعند الشافعية ... جاء فى مغنى المحتاج : « أنه يكفى فى الوصية من الأخرس إشارته المفهمة ... والناطق إذا اعتقل لسانه ، وأشار بالوصية برأسه أو بقوله : « نعم » لقراءة كتاب الوصية عليه ، لأنه عاجز مثل الأخرس »[٢]

(د) أما الحنابلة ... فقد جاء عنهم - « فى كشاف القناع » : « ولا تصح الوصية من أخرس لاتفهم إشارته ... فإن فهمت إشارته صحت ، لأن تعبيره إنما يحصل بذلك عرفاً . فهى كاللفظ من قادر عليه » [٣]

(هـ) ويرى الزيدية ... « أن الوصيـــــة تصح بالإشـارة من الأخرس إجماعا »[٤] .

(و) ويرى الإمامية - كما جاء فى الروضة البهية - ؛ « أن الوصية تصح .. وتكفى بالإشارة الدالة على المراد قطعاً فى إيجاب الوصية مع تعذر اللفظ لخرس ، أو اعتقال لسان بمرض ونحوه »[٥] .

ومن كل هذه النصوص ، نعـــلم أن كلمة الفقهاء تتفق على جواز الوصية بالإشارات المفهمة .

---

(١) مواهب الجليل لشرح خليل على هامش التـــاج والاكليل لمختصر خليل جـ٦ ص ٣٦٦ — الطبعة الأولى .

(٢) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج جـ٣ ص ٧٢ .

(٣) كشاف القناع عن متن الاقناع جـ٢ ص ٤٩٧ .

(٤) شرح الأزهار جـ٤ ص ٤٧٠ .

(٥) الروضة البهية جـ ٢ ص ٤٤ .

أثر الإشارة على الطلاق :

الطلاق لغة : ضد الحبس ، وهو التخلية والارسال .. بعد اللزوم والامساك(١) وشرعا : حل قيد النكاح(٢) :

أما أثر الاشارة على الطلاق فان جمهور الفقهاء يرى أن الاشارات المفهمة من الاخرس يقع بها الطلاق من غير خلاف نعلمه ... ويتضح هذا من تتبع النصوص الآتية :

١ — جاء فى بدائع الصنائع : « أن التكلم بالطلاق ليس بشرط .. وهو جائز ولكن الطلاق يقع بالكتابة المستبينة . والاشارة المفهومة من الاخرس ؛ لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ .. والاشارة المفهومة تقوم مقام العبارة »(٣) .

٢ — أما المالكية .. فقد جاء عنهم فى شرح منح الجليل : « أن الطلاق يلزم بالاشارة التى شأنها أن يفهم منها التطليق ، بأن يصاحبها قرينة يقطع من عاينها بانها تدل على الطلاق — وإن لم تفهم الزوجة منها — ولو كانت تلك الاشارة صادرة من قادر على النطق .. على المعتمد »(٤) .

٣ — أما الشافعية .. فقد ورد عنهم فى حاشية البجرمى على المنهج : « أما إشارة الاخرس فإنه يعتد بها فى الطلاق ... سواء كان الخرس أصليا ، أو طارئا .. ومنه من اعتقل لسانه ولم يرج برؤه »(٥)

٤ — وعند الحنابلة ... جاء فى كشاف القناع : « أن الطلاق يقع باشارة

---

(١) النظم المستعذب جـ ٢ ص ٧٧ .
(٢) شرح منتهى الارادات .
(٣) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ١٠٠ .
(٤) شرح منح الجليل وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل الطبعة الاولى / طبعة السعادة .
(٥) البجرمى على المنهج طبعة الحلبى جـ ٤ ص ٨ .

مفهومة من أخرس فقط ، لأنه يفهم منها الطلاق ، فأشبهت الكناية .. فلو لم يفهم الإشارة إلا البعض .. فكناية بالنسبة إليه . » (١)

٥ — والظاهرية يرون مثل ذلك ، حيث جاء في المحلى : « أن من لا يحسن العربية يطلق بلغته . . باللفظ الذي ترجم عنه في العربية بالطلاق . ويطلق الأبكم ، والمريض بما يقدر عليه كل منهما من الصوت ، أو الإشارة التي يوقن بها من سمعها قطعا أنهما أرادا بها الطلاق ، وذلك لقوله تعالى : — « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » (٢)

٦ — أما الزيدية والإمامية والأباضية .. فيرون مثل ذلك كما يفهم من نصوص مذاهبهم ... (٣)

ومن كل ما تقدم نستطيع القول بأن الطلاق يقع من الأخرس بإشارته المفهمة من غير خلاف من أحد .

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٥٠ .
(٢) المحلى لابن حزم الظاهري جـ ١٠ ص ١٩٧ مسألة رقم ١٩٦١ — طبعة الاولى / المنيرية .
(٣) شرح الازهار جـ ٢ ص ٣٨٥ — شرائع الاسلام جـ ٢ ص ٥٥ — شرح النيل جـ ٣ ص ٦٢٣ .

القسم الثالث

فى

السكوت ومطلق التصرف

ويتضمن هذا القسم المباحث الآتية :

المبحث الأول : السكوت والتعبير عن الإرادة .

المبحث الثانى : السكوت والإجازة .

المبحث الثالث : هل السكوت يعتبر إذناً فى التصرف ؟

المبحث الرابع : هل السكوت يعتبر إبراءاً من الحقوق ؟

المبحث الخامس : هل السكوت يعتبر إقراراً ؟

المبحث السادس : السكوت والإسقاط .

المبحث السابع : السكوت الذى يعتبر دليلاً .

المبحث الثامن : السكوت والصلح .

المبحث التاسع : السكوت والشفعة .

المبحث العاشر : السكوت والوديعة .

المبحث الحادى عشر : السكوت والقرعة .

المبحث الأول

(السكوت ... والتعبير عن الإرادة)

مقـــدمة :

المعروف أن (الصيغة) هى الأداة ، أو الوسيلة التى يتم بها الإفصاح والتعبير عن إرادة المتعاقدين ، ورغبتهما فى إبرام العقد .

وهناك طرق ، ووسائل — أخرى — متعددة — للتعبير عن تلك الإرادة .. ومن الممكن حصر هذه الطرق ، وتلك الوسائل فى ثلاثة :

١ — الوسيلة الأولى : — اللفظ .. أو مايقوم مقامه : —

أما اللفظ (١) — كوسيلة للتعبير عن الإراده — فهو الطريق الطبيعى ، الذي يستعمله الناس ، فى إبراز مكونات أنفسهم ، وخلجات صدورهم .. ولهذا كان الأصل فى التعبير — أن يكون بالكلام ، لأنه يدل دلالة واضحة على مراد الشخص ... بخلاف غيره من وسائل التعبير الأخرى كالإشارة ، والفعل . المعبر عنه بالمعاطاة ، فإن دلالتها قد تحتمل أوجها أخرى ، غير مقصـــودة للمتعاقدين ... وكذلك الكتابة ، فإنها تحتمل التزوير ، والتقليد ، ويتوارد عليها الإنكار ، والتحايل .. فلا يجزم بصدورها من الطرف الآخر .

ولهذه الاحتمالات — وغيرها . كان (اللفظ) فى مقدمة الوسائل التى ينعقد بها أى عقد من العقود ، مهما كان نوعه .

ويتفق الفقهاء على صحة التعاقد بأى لفظ كان . . متى كان واضح الدلالة على

---

(١) اللفظ هو : الصوت المشتمل على بعض الحروف الهجائية ، والذى يصدر من الانسان للدلالة على ما يريد . انظر : مختار الصحاح ص ٦٠١ ، المعجم الوسيط جـ ٢ ص ٨٣٨ .

نوع العقد الذى يرغب المتعاقدان فى إبرامه ، سواء أكانت دلالته على ذلك صريحة أم كناية . (١)

(٢) الوسيلة الثانية : — للتعبير عن الإرادة — الأفعال .. أو التعاطى (٢)

وقد سبق أن قلنا : إن الأصل فى التعبير عن الإرادة . . أن يكون باللفظ ... ومن هنا يكون التعبير عن الإرادة - بالفعل .. خروجا عن هذا الأصل . . وإن كان الشارع — فى بعض الأحيان — وفى بعض العقود — اشترط أن تقع (باللفظ) لا (بالفعل) .. كحالة (العارية) التى أوجب الفقهاء أن يكون الايجاب فيها - لفظا . . لا فعلا . فى تنوير الأبصار : - (العارية تمليك المنافع

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٣٢ ، وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٩٠ .

(٢) (التعاقد فى الافعال) .. الفعل هو حركة البدن أو النفس .. وعرفه صاحب اللسان بأنه : « كناية عن كل متعد ، وغير متعد » ... والفعل — عند المناطقة — تأثير من جرم مختار ، أو مطبوع .. فى جرم آخر ، فيحيله عن بعض كيفياته الى كيفيات أخرى .. كفعل السكين .. والحجر .. والقاطع بهما ، فانهما يحيلان المقطوع — كالتفاحة مثلا — عن (حال الاجتماع) الى (حال الافتراق) ... وقد يكون الفعل مجردا كالقيام ، والتحرك ، والتفكر .. وما أشبه ذلك .

وقال الجرجانى — فى التعريفات ص ٧٥ — (الفعل : هو الهيئة العارضة للمؤثر فى غيره — بسبب التأثير ، كالهيئة الحاصلة للقاطع بسبب كونه قاطعا .. ومنه الفعل العلاجى ، وهو يحتاج فى حدوثه — الى تحريك عضو ، كالضرب ، والشتم) .

وذكر ابن حزم (أن الفعل ينقسم الى ما يبقى اثره بعد انقضائه كفعل الحراث ، والنجار ، والزواق .. وما لا يبقى أثره بعد انقضائه كفعل السابح ، والماشى ، والمتكلم ، وما اشبه ذلك) .

انظر التقريب لحد المنطق ، لابن حزم ص ٦٠ — دار مكتبة الحياة — بيروت .

مجالا) ... وجاء فى شرحه بالدر المختار : — (أفاد ، بالتمليك ، لزوم الايجاب والقبول ولو فعلا) . . وجاء فى حاشية رد المحتار : — (قوله : « ولو فعلا » أى كالتعاطى . . كما فى القهستانى . .) وهذا مبالغة فى القبول .. وأما الايجاب فلا يصح به . . وأما القبول من المستعير — أى القبول صريحا — فغير شرط . . بخلاف الايجاب(١) .

فالتعبير (بالفعل) قد يكون صريحا ، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة . . وقد يكون كناية يؤخذ فيه بالارادة الباطنة . . فركوب الدابة — مثلا — هو تعبير عن الإرادة يفيد إجازة العقد — إذا صدر من العاقد — صاحبه خيار الشرط ، أو خيار العيب .

ولئن كان مؤدى هذا التعبير (العملى) واحدا — وهو إجازة العقد فى الحالين فهو يحمل صفتين متغايرتين فيهما . . فهو فى الأول (تعبير كنائى) يفتقر إلى النية . . بينما هو — فى الثانى — تعبير صريح لا يفتقر إلى النية .

وبيان ذلك ... أن ركوب المشترى للدابة — بعد علمه بعيبها — يعتبر إجازة صريحه للعيب ، وإلغاء (للخيار) ولا ينظر — فى هذا الركوب إلى نية المشترى ، وهل ركبها لحاجة فى نفسه ؟ فيكون ذلك إلغاء للخيار — أو ركبها لينظر إلى سيرها ؟ فلا يكون ذلك إلغاء للخيار !! . . بخلاف الركوب فى (خيار الشرط) حيث ينظر فيه إلى نية الراكب . . فان قصد الركوب لحاجة نفسه كان ذلك إلغاء للخيار .. وإن قصد الركوب للتجربة ... لم يكن ذلك فسخا للخيار (٢)

---

(١) انظر : رد المحتار ج ٤ ص ٥٢٤ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ج٤ ص ٢٧٠ .

(التعاقد عن طريق التعاطى)

وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية . . الدالة على التراضى . . دون تلفظ بايجاب وقبول (١)

ومن هنا كان هذا النوع من التعامل - من صميم بحثنا هذا - وقد جاء فى شرح الحطاب :- (المعاطاة هى : أن يعطيه الثمن ، فيعطيه المثمن - من غير إيجاب ، ولا استيجاب) (٢)

ومن صوره : أن يجىء رجل إلى بائع دقيق -مثلا- ويدفع له خمسة جنيهات - مثلا - ويقول له : بكم تبيع الكيلو من هذا الدقيق ؟ فيقول له : بعشرين قرشا . . ويسكت المشترى ، ثم يطلب منه الدقيق ، فيقول له البائع : سأعطيك إياه غدا ... هنا ينعقد البيع - وإن لم يجر بينهما إيجاب ولا قبول .

وكذلك : إذا أعطى المشترى لخباز مقدارا من القروش ، فيعطيه الخباز به مقداراً من الخبز - دون تلفظ بايجاب وقبول . .

وكذلك : أن يعطى المشترى الثمن للبائع ، ويأخذ السلعه ، ويسكت البائع (٣)

(مقارنة بين التعاقد بالتعاطى . . والتعاقد بدلالة الحال « كالسكوت »)

هناك فرق واضح بين التعاقد بالتعاطى . والتعاقد بدلالة الحال — حيث لا يكون ثمة — أخذ وعطاء من الجانبين - بل يكون هناك موقف من العاقدين لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على التراضى . . كما لو ترك إنسان متاعه بين يدى شخص آخر ، وذهب — وسكت الآخر ولم ينهه ، ولم يتنصل من حفظه — فان « عقد الايداع » يتم بينهما بدلالة الحال . ويصبح الشخص الآخر وديعا مكلفا بالحفظ .

---

(١) تكملة رد المحتار جـ٢ ص ٢٩٩ .

(٢) انظر : شرح الحطاب جـ٤ ص ٢٢٨ .

(٣) انظر مادة ١٧٥ من مجلة الأحكام العدليه .

وكذلك .. لو دخل شخص خانا (متجراً) فقال لصاحب الخان :ـ أين أربط دابتى ؟ فأراه محلا ، فربط الدابة فيه . انعقد « الايداع » دلالة .(١)

حكم التعاقد بالتعاطى :ـ

اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج ، لا ينعقد (بالفعل أو المعاطاة) .. فلو أن امرأة زوجت نفسها ـ بحضرة شاهدين ـ فلم يقل الزوج شيئا .. لكن أعطاها المهر فى المجلس .. لايكون ذلك قبولا للزواج .. ولايتم الزواج بينهما ما لم يقل : (قبلت .. أو نحوه) ، لأن عقد النكاح ـ فى الفقه الاسلامى ـ لايتم بالإشهاد وحده .. ولما كان مؤدى التعاطى ومفاده ـ فى النكاح ـ هو التعاشر الاستمتاعى بين الزوجين .. وكان ذلك متعذرا بحضور الشهود .. لذلك فقد أوجب الفقه الاسلامى التعبير عنه « باللفظ » ، لأنه ميسور للسماع ... وأيضاً ـــ فان عقد الزواج متعلق بالنظام العام فى المجتمع الإسلامى ، وترتبط به حقوق للغير .. كالنسل ، وهو عقد الحياة الانسانية ، حيث يتوقف بقاء النوع الإنسانى عليه .

من هنا حرص الشارع على إبرازه ، وتمييزه عن (المخادنة) .. واللفظ هو الأولى والأبين فى التمييز بين حالتى : النكاح المشروع ، الذى تصان به الأعراض والأنساب وحقوق الغير ـ والسفاح الممنوع والمحرم ، الذى تهدر به هذه الحقوق !!

واختلف الفقهاء فيما عدا عقد الزواج ـ من العقود .. على أقوال كثيرة .. يمكن إجمالها فى ثلاثة :ـ

القول الاول :ـ

وهو للإمام مالك ، والإمام أحمد ، والجصاص من الحنفية ـ أنها تنعقد (بالفعل) متى كان هذا الفعل واضح الدلالة على الرضا .. سواء فى ذلك ما جرى العرف بانعقاده به .. وما لم يجر العرف به

---

(١) انظر : المدخل الفقهى العام ـــ لمصطفى عبد الزرقاء جـ ١ ص ١٦٠ والفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٣٨ .

وهذه أدلتهم التى تشهد لهم :

(أ) من القرآن الكريم : جاء على لسان الجصاص صاحب كتاب أحكام القرآن(١) : (وهو — أى التعاطى — أن يساومه على شىء ، ثم يزن له الدراهم ، ويأخذ المبيع ، جعلوا ذلك عقداً لوقوع تراضيهما به ، وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه . . فهذه الوجوه التى ذكرناها — هى طريق التراضي المشروطة فى قوله : « إلا أن تكون تجارة — عن تراض منكم ») .

(ب) من السنة الشريفة : جاء فى كتاب أحكام القرآن : (ونحر النبي — صلى الله عليه وسلم — بدنات ، ثم قال : «من شاء فليقتطع» ، فقام «الاقتطاع» — فى ذلك — مقام القبول للهبة — فى إيجاب التمليك) .

(جـ) الإجماع : جاء فى المغنى(٢) : (أن الناس يتبايعون — فى أسواقهم — بالمعاطاة ، فى كل عصر ، ولم ينقل إنكاره — قبل مخالفينا — فكان ذلك إجماعا) .

(د) العرف : حيث جرى عرف الناس فى زمنه — صلى الله عليه وسلم — وما بعده من العصور على التعاقد بالأفعال . . ولم ينقل إنكاره عن النبي — صلى الله عليه وسلم — ولا عن الصحابة . . فكان ذلك دليلا على مشروعيته .

(هـ) العقل : فإن العمل بهذا المقول — وهو صحة الإيجاب والقبول فعلا . . لا لفظاً فقط — يترتب عليه رفع الحرج عن الأفراد . . وهو مقصود للشريعة .

وقد أشار إلى ذلك ابن قدامة الحنبلى بقوله : (وليس إلا المعاطاة والتفرق — عن تراض — يدل على صحته . . ولو كان الإيجاب والقبول شرطا فى هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة ، وأكثر أموالهم محرمة!!)(٣).

---

(١) انظر : احكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٧٣ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٤ص ٤ .

وإليك نصوصهم الفقهية فى هذا المقام :

(أ) قال الجصاص - وهو فقيه حنفى : (وقد قال أصحابنا - فيما جرت به العادة - بأنهم يريدون به إيجاب التمليك ، وإيقاع العقد - أنه يقع به العقد . . وهو أنه يساومه على شىء ، ثم يزن له الدراهم ، ويأخذ المبيع ... فجعلوا ذلك عقداً ؛ لوقوع تراضيهما به ، وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه ؛ وذلك لأن جريان العادة بالشىء كالنطق به - إذ كان المقصد من القول الإخبار عن الضمير ، والاعتقاد . . فإذا علم ذلك - بالعادة . . مع التسليم المعقود عليه - أجروا ذلك مجرى العقد ، وكما يهدى الإنسان لغيره ، فيقبضه ؛ فيكون قبولا للهدية)[1] .

(ب) وقال ابن قدامة - الحنبلى : (ولنا أن الله [تعالى] أحل البيع ، ولم يبين كيفيته . . فوجب الرجوع إلى العرف . . كما رجع إليه فى « القبض » ، « والإحراز » ، « والتفرق » ... والمسلمون فى أسواقهم ، وبياعاتهم - على ذلك ؛ ولأن البيع كان موجوداً بينهم ، معلوماً عندهم . . وإنما علق الشرع عليه أحكاما . . وأبقاه على ما كان . . فلا يجوز تغييره بالرأى ، والتحكم !!)[2] .

(ج) وقال الحطاب - المالكى[3] : (إن الركن الأول الذى هو الصيغة التى ينعقد بها البيع - هو ما يدل على الرضا . . وسواء أكان قولا . . أو فعلا - كالمعاطاة وهى المناولة - . قاله فى الصحاح . . وقال الشيخ

---

(١) انظر : احكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٧٣ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤ .

(٣) انظر : شرح الحطاب جـ ٤ ص ٢٢٨ .

رزوق : هى أن يعطيه الثمن ، فيعطيه الثمن — من غير إيجاب ، ولا استيجاب ؛ لأن الفعل يدل على الرضا ، عرفاً ؛ والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بعوض ترضاه . . فلا يشترط القول . . ويكفى الفعل كالمعاطاة) . —
وجاء أيضاً : (إن الأفعال — وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية — ففيها دلالة عرفية — وهى كافية ، إذ المقصود من التجارة — إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بدفع عوض — عن طيب نفس منكما . . فتكفى دلالة العرف — فى ذلك — على طيب النفس)(١) .

القول الثانى : أن العقود لا تنعقد (بالفعل) . . ولو كان واضح الدلالة على الرضا . . وهو قول الشافعى — رضى الله عنه — والشيعة .

واستدلوا على دعواهم هذه — بما يأتى :

(أ) قالوا : إن الشارع قد اقتصر على ذكر البيع ، والتبايع . . وفرق بين الاستيام . . والتعاقد ، ونبذ ما كان يألفه الجاهليون — من تعبيرات فعلية فى البيوع — كالملامسة ، وغيرها — فوجب — تبعاً لذلك . نبذ ما كان على شاكلتها من معاطاة غير مقرونة بلفظ البيع ، الذى جعله الشارع عنواناً للتعاقد .

جاء فى الروض النضير(٢) : (قال الموزعى : التجارة ، والبيع أمر معتاد فى الوجود . . وهو التعاوض . . ومعلوم أنه لا ينفك عن مساومته ، وخطاب . . فلما وجدنا النبى — صلى الله عليه وسلم — فرق بين « السوم » و « البيع » فى قوله صلى الله عليه وسلم — « لا يسم أحدكم على سوم أخيه ، ولا يبع على بيعه(٣) » : علمنا أن البيع هو التعاقد الناقل للملك أحدهما إلى الآخر ، فان التساوم من مقدمات البيع ، ولما وجدنا الإشارة إليه فى الحديث كثيرة — كما فى قوله صلى الله عليه وسلم — لحبان بن منقذ :

---

(١) انظر : حاشية الصاوى جـ ٢ ص ٣ .
(٢) انظر : الروض النضير جـ ٣ ص ٢٠٥ وما بعدها .
(٣) انظر : نيل الاوطار للشوكانى جـ ص ؟؟

« إذا بايعت فقل لاخلابة .. وأنت بالخيار ثلاثا » . . وغير ذلك من الإشارات المستلزمه للتعاقد . . فدل على أنه من عادتهم . . فخاطبهم الله بلغتهم الجارية على عادتهم .

نعم جرت العادة بعدم التساوم ، والتعاقد فى المال الحقير . . فيكفى فيه التعاطى ، لأنه يسمى (بيعاً) لغة ، وعرفاً . . واختاره جماعة من الشافعية — أبو حنيفة فلم يشترط التعاقد فى التبايع أخذاً بظاهر الخطاب .

ويؤيده أنه تقرر فى القواعد الفقهية المتفق على صحتها : أن كل ما رتب الشارع عليه حكما ، ولم يحد فيه حداً . . يرجع فيه إلى العرف . . وقد علم أن عادة الجاهلية — فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم — أنهم يعتبرون — فى نفوذ البيع — صوراً يجعلونها قرائن الرضا ، والانسلاخ ، ولا ينفصل أحد المتبايعين عن الآخر إلا بفعل أيها . . وهى صفات متنوعة ، أقر الشارع بعضا منها ، وأبطل بعضا .

فما أبطله « المنابذة . . والملامسة . . وطرح الحصاة . . ونحوها — مما عدوه قرينة للانسلاخ .

ومما أقره « لفظ البيع . . والشراء » اللذين ورد بهما النص القرآنى ، كقوله تعالى : « وأحل الله البيع ، وحرم الربا » وكذا قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم » ولم يقل : « إذا تلامستم . . أو تنابذتم » .

والاقتصار على ذكر « التبايع » دليل على كون لفظه — وما فى حكمه — من الألفاظ المؤدية لمعناه — هو المعتبر فى نفوذ العقد . . وليس البيع هو مجرد الرضا بالمبادلة[1] .

وجاء فى جواهر الكلام[2] : (ولا يكفى مجرد الرضا فى حصول الملك ، لحصر الشارع أسباب الملك فى العقود . فالمعاطاة تفيد إباحة — لا غير) .

---

(١) انظر : الروض النضير ج ٣ ص ٢٠٥ .
(٢) انظر : جواهر الكلام ص ٣٩ .

وهذا نص واضح يدل على أن اللفظ لا غيره له المكانة الأولى فى التعبير .

(ب) ويستدلون على مذهبهم — أيضا — فيقولون : (إن التعاطى يستعصى على الإثبات ، فلا مناص إذاً من عدم الاعتداد به فى إنشاء التصرفات) ..

ويشير إلى هذا المعنى الشعرانى صاحب الميزان[١] ، بقوله : (ووجه الأول قوله — صلى الله عليه وسلم : « إنما البيع عن تراض » .. والرضا خفى .. فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ — لا سيما إن وقع تنازع — بعد ذلك — بين البائع ، والمشترى وترافعا إلى الحاكم ، فانه لا يقدر على الحكم بشهادة الشهود إلا إذا شهدوا بما سمعوه من اللفظ .. ولا يكفى أن يقولا : رأيناه يدفع إليه دنانير — مثلا — ثم دفع إليه حماراً — مثلا) .

ويشير الرملى — الشافعى — إلى عدم قدرة التعاطى على إظهار الرضا الخفى بقوله : (والرضاء أمر خفى . لا اطلاع لنا عليه ، فجعلت « الصيغة » دليلا على الرضا ، فلا ينعقد بالمعاطاة .. وهى أن يتراضيا — ولو مع السكوت منهما)[٢].

(جـ) ويقولون — كذلك — أن الفعل لا يقوم مقام العبارة ، لأنه يختلف باختلاف مقاصد الناس ، ويحتمل غير المراد من العقد ... وبيان ذلك :

أن التعاطى — كوسيلة للانعقاد — أداة ظنية ، لا تحتمل معنى القطع ، والحسم على وجود الإرادة ، لأن التعاطى يحمل معنى المبادلة .. وهو عنصر مشترك بين عديد من المعاوضات المالية ، وليس بمقصور على البيع .. فاذا ما قبلنا التعاطى الذى ينتظم إرادة المبادلة المحضة — كوسيلة للتعبير .. فالى أى معاوضة من هذه المعاوضات نصرفها ؟ وكيف يتسنى لنا التمييز بين هذه المعاوضات — وقد جاء التعاطى خاليا عن كل لفظ يرسم حدودها ؟

---

(١) انظر : الميزان للشعرانى جـ ٢ ص ٥٤ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملى جـ ٣ ص ٤ .

فلا مناص إذاً من الرجوع إلى « القول » المترجم عما فى النفس ... – كما يقول الفقيه السحيمى : إنه الوحيد الضامن للقيام بهذا التحديد ..

أما مجرد الرضا بالمبادلة .. فما لم ينصهر فى بوتقـــة اللفظ القادرة على إعطائه صورة المبادلة المرادة ، المنضبطة .. فهو هدر – ولو تم عن طريق التعاطى ...(١).

مناقشة هذا القول :

لاحظ أصحاب المذهب الأول – القائلون بانعقاد العقد بالتعاطى – على أصحاب المذهب المعارض أنهم حصروا « التعاقد » فى الألفاظ – فقط – مستدلين بآية : « وأحل الله البيع ، وحرم الربا » .. وهذه الآية لم يكن الغرض منها بيان وسائل التعبير .. وإنما سيقت لبيان (حلية) البيع ..

وإلى هذا أشار صاحب المغنى بقوله(٢) : – (ومذهب الشافعى – رحمه الله – أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول .. وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا .. ولنا : أن الله أحل البيع ، ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع إلى العرف) .

وأما آية : « وأشهدوا إذا تبايعتم » التى استند إليها صاحب الروض النضير فلم يكن الغرض منها بيان وسائل التعبير .. وإنما كان الغرض منها بيان ضرورة الإشهاد .

أما بالنسبة لما استدلوا به من السنة – على مذهبهم – فقد رد عليهم صاحب المغنى بأن هذا لا يصلح استدلالا ، حيث قال : – (ولم ينقل عن النبى – صلى الله عليه وسلم – ولا عن أصحابه – مع كثرة وقوع البيع بينهم – استعمال الإيجاب والقبول .. ولو استعملوا ذلك فى بياعاتهم – لنقل نقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ، ولم يتصور منهم إهماله ، أو الغفلة عن نقله .. ولأن البيع مما تعم به

---

(١) انظر : الروض النضير جـ ٣ ص ٢٠٦ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤ .

المصالح .. فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه النبي — صلى الله عليه وسلم — بيانا عاما ، ولم يخف حكمه ؛ حتى لا يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا ، وإلى أكلهم المال بالباطل .. ولكن لم ينقل ذلك عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن أحد من أصحابه - فيما علمناه .

وكذلك الحكم فى الإيجاب والقبول بالنسبة للهبة .. والهدية . والصدقة .. ولم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه .. وقد أهدى إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - من الحبشة وغيرها .. وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشه - متفق عليه ؟ .

وفى أكثر الأخبار لم ينقل إيجاب ولا قبول .. وليس إلا المعاطاة .. والتفرق عن تراض يدل على صحته[1] .

وأما ما استدلوا به من أن « التعاطى » لا يصح العقد به ؛ لأن دلالته على الرضا ظنية - فإنه يناقش ، ويرد عليهم - فيه - بأنكم تعترفون بانعقاد العقد بالتعبيرات اللفظية الكنائية .. وتعتبرونها كوسيلة للتعبير عن الإرادة - على الرغم من أنها تعبيرات ظنية .

ثم إن التعاطى ييسر على الناس معاملاتهم ؛ لأنه - وإن كان وسيلة مشتركة فى كل عقود المعاوضات ، وقد يدعو الاشتراك إلى الخلط بينها - فإن فى الظروف الداخلية، والخارجية المحيطة بالتصرف - ما ينير للسبيل لمعرفة طبيعة هذا التصرف، وتكييفه بالشكل الصحيح : وهل هو بيع .. أو إجارة ... أو غير ذلك ؟

فإذا ما ذهب شخص إلى مؤجر دراجات .. واستأجر منه دراجة - على سبيل التعاطى - لقاء قروش ، ولحظات معدودة .. فليس - ثمة - مجال للتساؤل عما إذا كانت هذه العملية التعاقدية « بيعاً » .. أم إجارة » ما دامت الظروف الداخلية ، والخارجية تنطق بكيفيتها ؟ .

---

(١) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤ وما بعدها .

من هذه المناقشة نعلم أن أدلة القائلين بأن العقد لا ينعقد « بالتعاطى والأفعال » - لم تسلم من الرد والمعارضة - كما لا يخفى مافى مذهبهم من التشديد ، وعدم التيسير - دون سند قوى .. وهذا لا يتفق مع مرونة الشريعة ، وسماحتها فيما تعم البلوى وفى رفع الحرج عن الناس !!

موازنة بين الرأيين

بعد دراستنا لهذين الرأيين السابقين - فى حكم التعاقد بالمعاطاة — وجدنا أن هناك مذهباً موسعاً .. وآخر مضيقا - ووجدنا أن أساس هذا الاختلاف ومرده .. يرجع « إلى العرف » .. حيث وجدنا (الرأى الموسع) يعتمد اعتماداً كبيراً على العرف .. حتى لقد بلغ الأمر بالمذهب الحنفى — وهو من القائلين بصحة التعاقد عن طريق المعاطاة[1] — أنه لم يقف عند حد العرف - فحسب - فى إقراره للتعاطى ، ولغيره من وسائل التعبير .. بل لقد ذهب إلى أبعـــد من ذلك حيث أوجب العمل (بالرضا) مهما كان الطريق الموصل إليه - عرفا كان أو غير عرف - .

وأصدق دليل على ذلك ماجاء على لسان ابن القيم - فى عبارة سهلة واضحة ، حيث يقول : — (فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة ، وجب عليه اتباع مراده .. والألفاظ لم تقصد لذواتها ، وإنما هى أدلة يستدل بها على مراد المتكلم فاذا ظهر مراده ، ووضح - بأى طريق كان - عمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة ، أو كتابة ، أو إيماء ، او دلالة عقلية ، أو قرينـــة حالية .. أو عادة له مطردة لا يخل بها ..[2] .

وهذا هو الاتجاه الذى يسلكه فقهاؤنا المحدثون ، فقد جاء فى كتاب (الملكية ، ونظرية العقد) لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة[3] : (فكل ماعده الناس

---

(١) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤ وما بعدها .

(٢) انظر : اعلام الموقعين جـ١ ص ١٨٩ .

(٣) انظر : الملكية ونظرية العقد ، للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

دالا على البيع .. ينعقـــد به البيع ، وكل مايعتبره الناس دالا على الإجارة .. فالإجارة تنعقد به . . وليس لذلك حد لا فى شرع ، ولا فى لغة ، بل يتنوع بتنوع الناس ، كما تتنوع لغاتهم . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات فى المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم - من أهل لغة أخرى إذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصـودهم) .

أما المذهب الآخر - المضيق - فلا يقيم للعرف وزنا - فى هذه المسألة - ومن هنا جاء على لسانهم[1] : - (أن المعاطاة - على أصل المذهب - لا يصح البيع بها - ولو اعتيدت) .

وجاء أيضاً ـ عنهم ـ[2] (والرضاء أمر خفى ، لا اطلاع لنا عليه فجعلت الصيغة دليلا على الرضا ، فلا ينعقد بالمعاطاة - وهى أن يتراضيا - ولو مع السكوت منهما) .

والذى نراه راجحاً هو القول الاول ، الذى يجيز التعاقد بالتعاطى والأفعال لقوة أدلته ، وسلامته عن المعارضة ، ولضعف أدلة المذهب الثانى - بعد مناقشتها والرد عليها - كما سبق - ولأنه القول الذى يتفق وما هو مقرر فى الشريعة : من أنها جاءت لتحقيق مصالح الناس ، ورفع الحرج عنهم ، ولأنه يتفق مع مقتضيات التعامل ، لما فيه من التيسير ..

وهذا قول هو الذى أخذ به القـــانون المدنى - فى مصر - حيث نصت المادة - ٩٠ منه - على أن : (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة ، وبالإشارة المتداولة عرفا - كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المقصود) .

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠١ .
(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملى ج ٣ ص ٤ .

(السكوت .. ودلالته على الايجاب والقبول)

قبل أن نتكلم عن هذه المسألة ـ وهى دلالة السكوت على الإيجاب والقبول ـ نود أن نقول أولا :

ما الإيجاب ؟ وما القبول ؟

ذهب الجمهور من الفقهاء ـ إلى أن الإيجاب هو مايصدر عمن يكون منه التمليك وإن ورد متأخراً ... وأن القبول هو مايصدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولا .

فهم يخصون (الإيجاب) بما صدر من عاقد معين بالذات .. ويخصون (القبول) بما صدر من العاقد الآخر ـ بصرف النظر عن صدوره سابقا للإيجاب أو متأخرا عنه .

ونحن لانرى وجها لهذا التخصيص .. بل كل من صدر منه اللفظ — أو مايقوم مقامه — أولا . . يكون موجبا . ويكون الآخر قابلا ، لأن كلمة (قبول) تشعر بأن شيئاً تقدمها ، ويكون القبول واقعاً عليه — أى على هذا الشيء ـ وإلا فكيف يكون قبولا ، ولم يتقدمه شيء[١] ؟

ويرى الحنفية[٢] : أن الإيجاب هو مايصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على إرادته فى إنشاء العقد . . وأن القبول هو مايصدر ثانياً (من العاقد الآخر) دالا على موافقته ، ورضاه بما أوجبه الأول .

والواقع أن كلا منهما إيجاب ... أى إثبات حق للطرف الآخر ... وإنما

---

(١) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٦٠ — المكتبة التجـارية ، ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣ الحلبى .

(٢) انظر : البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٨٤ .

سمى الثانى (قبولا) تمييزاً له عن الإثبات الأول ، ولأنه يقع قبولا ورضا بذمل الأول ... فالعبرة فى تمييز الإيجاب عن القبول هى الصدور أولا ..اوعدمه .

فإذا قال البائع لشخص : بعتك سيارتى بكذا .. فقال الثانى : اشتريت .. أو قبلت ... كان قول البائع : (بعتك ...) إيجابا ... وكان قول المشترى : (اشتريت ، أو قبلت ، أو رضيت .) قبولا لذلك الإيجاب .

لكن .. هل يصح أن يكون السكوت دالا على الإيجاب أو القبول ؟ هذا مانجيب عليه .

من خلال كلامنا السابق على السكوت علمت أنه قد يكون مظهرا التعبير عن الإرادة لكنه يختلف عن جميع المظاهر الأخرى الدالة على الإرادة ، لأنه موقف سلبي محض(١) حيث أن الساكت لم يعبر بطريق إيجابى عن أية إرادة ، كما هو الشأن فى قاعدته حيث أنه « لاينسب لساكت قول(٢) » .

لكن هذا يصدق على الإيجاب دون القبول ، لان السكوت قد يكون تعبيرا عن القبول ، إذا كانت هناك قرائن وأمارات تدل على تضمن السكوت للموافقة(٣) وذلك كأن يجرى العرف على أن السكوت فى مثل هذا الأمر يعتبر رضا كما فى حالة سكوت البكر حين يتقدم اليها من يريد خطبتها فيعرض وليها الامر عليها فتسكت ، أو كان التعامل الذى حصل يعود بالفائدة على هذا الشخص الساكت وذلك كما فى عقود التبرعات كالصدقة والوقف والوصية والوديعة .

---

(١) حيث عرفناه فى موضعه « أنه التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو اشارة او عمل يحمل معنى التعبير الخ .

(٢)وهذه العبارة للشافعى رحمه الله انظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٧ .

(٣) معين الحكام للطرابلسى ١٥٥ .

فاذا حصل الايجاب مثلا من جانب الوديع بأن قال شخص لآخر أودعنى هذا الكتاب فسكت المالك فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولا لأن سكوته يتضمن الرضا بالإيجاب .

إذن القبول يمكن أن يستنتج من الظروف الملابسة ومن هنا قيل « ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان » . وقد جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى(١) . بيان للحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا نظراً للظروف الملابسة فيما يأتى : « لاينسب لساكت قول فلو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لم يكن وكيلا لسكوته . ولورأى القاضى الصبى أوالمعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لايكون إذنا فى التجارة إلى أن قال وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق .

الأولى : سكوت البكر عند استئمار وليهـــا قبل التزويج وبعده . الثانية : سكوتها عند قبض مهرها . الثالثة : سكوتها إذا بلغت بكرا الرابعة : حلفت ألا تتزوج فزوجها أبوها فسكتت حنثت . الخامسة : سكوت المتصدق عليه قبول الموهوب له . السادسة : سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن. السابعة : سكوت الوكيل قبول ويرتد برده. الثامنة : سكوت المقر له قبول ويرتد برده . التاسعة : سكوت المفوض له قبول التفويض وله رده. العاشرة : سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده وقيل لا . إلى أن قال السابعة والثلاثون سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن كما فى القنية . انتهى »(٢) .

وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى « لاينسب إلى ساكت قول : هذه عبارة الشافعى رضى الله عنه . ولهذا لو سكت عن وطء أمته لايسقط المهر قطعاً أو عن

---

(١) انظر الاشباة والنظائر لابن نجيم الحنفى المصرى ص ١٥٤ الحلبى ١٣٨٧ هـ

(٢) انظر الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨ الحلبي .

قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه بلا خلاف إلى أن قال : وخرج عن هذه القاعدة صور منها البكر سكوتها فى النكاح إذن للأب والجد قطعاً ولسائر العصبة والحاكم فى الأصح . ومنها سكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه بجعله كالمنكر الناكل وترد اليمين على المدعى ... — ... » .

وقد جاء فى معين الحكام (١) الباب السابع والأربعون فى القضاء بأحكام السكوت .

« السكوت رضا فى مسائل : منها سكوت البكر عند استئمار الولى قبل التزويج وبعده هذا لو زوجها الولى حتى لو زوج الجد مع قيام الأب لايكون سكوتها رضا . ومنها سكوتها عند قبض مهرها لو قبض المهر أبوها أو من زوجها فسكتت يكون إذنا بقبضه . ومنها إبراء مديونه فسكت يبرأ ولو رد يرتد برده ... » .

من هذه النصوص : يمكن أن نقول : أن السكوت يعتبر قبولا إذا اقترنت به ملابسات تجعل دلالته تنصرف إلى الرضاء أما الإيجاب : ليس كالقبول : أى لايصح أن يكون السكوت تعبيراً عن الإيجاب . لأن الإيجاب يتضمن العرض ، وهو شيء لابد أن يظهر بمظهر مادى من لفظ أو كتابة أو فعل . فالإيجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه ، من الظروف الملابسة وهذا التحديد إنما يجرى على مذهب الحنفية الذين حددوا الإيجاب بما يصدر أولا من أحد العاقدين سواء كان كلاما أو غيره وسواء كان بائعا أو مشتريا والقبول بما يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر متضمناً الموافقة بما صدر أولا فبناء على هذا الاصطلاح لايتصور أن يكون الإيجاب بالسكوت . لأنه قد عرف بما يصدر أولا . فلابد أن يكون عملا ماديا حتى يفهم منه العرض والموافقة ولا يكفى

---

(١) انظر معين الحكام للطرابلسى ١٥٥ المطبعة الاميرية ١٣٠٠هـ.
(٢) انظر شرح المجلة العدلية للمحاسنى الأم للشافعى حـ٧ص٩٣،١٣٣، صنع سنة ١٣٤٦هـ.

أن يكون سكوتا محضا . أما اصطلاح غير الحنفية فإن هذا التحديد لا يتفق معه لأنهم عرفوا الإيجاب بما يصدر من المملك ، وإن تأخر والقبول بما صدر من المتملك وإن تقدم . وعلى هذا فإنه يتصور أن يكون الإيجاب بطريق السكوت ويمكن أن يصور هذا بما لو قال الوديع لصاحب المال : أودعني سيارتك مثلا فسكت هذا الأخير فالمتصور أن يتم الإيداع بذلك(١) .

انظر شرح لمجلة العدلية للمحاسن ص ١٣٢ والأم للشافعي ج٧ ص ٩٣

المبحث الثانى

السكوت ... والإجازة

الإجازة عند اللغويين : الإنفاذ - أى التنفيذ - : جاء فى القاموس المحيط(1): « أجاز له : سوغ ، وأجاز له رأيه : أنفذه - كجوزه ، وأجازله البيع أمضاه » .

وعند الفقهاء : لا يخرج معناها - عندهم - عن معناها اللغوى .. فيستعملونها فى إنفاذ العقود الموقوفة : بمعنى ترتيب أثرها عليها حينما تنفـذ ، فقد جاء فى الوجيز(2) - (فبيع الفضولى مال غيره لا يقف على إجازته - على المذهب الجديد - ... وكذلك بيع الغاصب - وإن كثرت تصرفاته فى أثمان المبيعات - على أقيس الوجهين - فيحكم ببطلان الكل ... ولو باع مال أبيه - على ظن أنه حى فإذا هو ميت والمبيع ملك البائع - حكم بصحة البيع .. على أسد(3) القولين) .

ويجرى على ألسنة الفقهاء قولهم : إن العقد الموقوف ينفذ ، وترتب عليه آثاره ... بإجازته ممن له ولاية إنفاذه .

والإجازة بمعنى الإنفاذ . لابد أن تتوافر لها الأمور الآتيـة :

أولا - فى المجاز تصرفه - وهو من تولى التصرف بلا ولاية - كالفضولى - وهو من يتدخل فى شئون الغير دون توكيل ، أو نيابة .. جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى : (فأما الشراء لأحد بغير إذنه ، أو البيع له كذلك - أى بغير إذنه - فهو بيع الفضولى ... فينعقد ، ويتوقف على إذن ربه - أى صاحبه - وقال الشافعى : لا ينعقد ..) .

---

(1) بباب الزاى فصل الجيم مادة (جاز) .

(2) الوجيز جـ ١ ص ١٣٤ .

(3) اسد : اي احسن واصح من : قول سديد ورأي سديد .

ويشترط فى المجاز تصرفه : أن يكون ممن ينعقد به التصرف كالبالغ العاقل والصغير المميز — فى بعض تصرفاته — .

أما إذا كان المباشر غير أهل لعقد التصرف — أصلا — كالمجنون،والصغير غير المميز ... فإن التصرف يقع باطلا غير قابل للإجازة(١) ، لأن الطفل لم يكن يملك البيع عند العقد(٢) .

ثانياً . — فى المجيز — وهو من يملك التصرف سواء أكان أصيلا ، أم وكيلا ، أم وليا ، أم وصيا يشترط فيه(٣) : أن يكون عالما ببقاء محل التصرف أما علمه بالتصرف الذى أجازه . . فظاهر . . وأما علمه ببقاء محل التصرف . . فقد جاء فى الهداية مع فتح القدير : (ولو أجاز المالك — فى حياته وهو لايعلم حال المبيع — جاز البيع فى قول أبى يوسف أولا — وهو قول محمد ؛ لأن الأصل بقاؤه ... ثم رجع أبو يوسف فقال : لايصح حتى يعلم قيامه عندالإجازة لأن الشك وقع فى شرط الاجازة ، فلا يثبت مع الشك . . وهو ماذهب إليه المالكية أيضاً(٤) .

ولا يخلو المجيز من أن يكون واحداً ... أو أكثر ... فإن كان واحداً فظاهر ... وإن كان أكثر من فرد فلابد من اتفاق جميع من لهم الإجازة ، حتى تلحق التصرف إذا كان لكل واحد منهم حق الاجازة كاملا . . فإن اختلفوا — بأن أجازه البعض ورده البعض الآخر ... قدم الرد على الإجازة ... كما لو جعل

---

(١) انظر : القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٤٥ .

(٢) انظر : جامع الفصوليين جـ ١ ص ٣٢٤ ، حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٢٩٥ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٤٣ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٣٩١ .

(٤) انظر : الهداية مع فتح القدير جـ ٥ ص ٣١٣ ، وحاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١٢ .

خيار الشرط إلى شخصين ، فأجاز البيع أحدهما ، وامتنع الآخر عن الإجازة ... لم تلحق الإجازة التصرف[١] .

أما إن كانت الإجازة قابلة للتجزئة — كما إذا تصرف فضولى فى مال مشترك — فالإجازة تنفذ فى حق المجيز دون شركائه .

١ - كما يشترط فى المجيز — لكى تصح إجازته - أن يكون أهلا لمباشرة التصرفات وقت الإجازة ... فإن كان التصرف (هبة) وجب أن تتوافر فيه أهلية (التبرع) وإن كان التصرف (بيعاً) وجب أن تتوافر فى المجيز (أهلية التعاقد) ... وهكذا . لأن الإجازة لها حكم الإنشاء .. فيجب فيها - من الشروط - مايجب فى الإنشاء .

٣ - كما يشترط فى المجيز : أن يكون موجوداً حال وقوع التصرف ؛ لأن كل تصرف حين يقع ولا يوجد مجيز له عند وقوعه - يقع باطلا ... والباطل لاتلحقه الإجازة .

فاذا باع الصغير المميز ، ثم بلغ قبل إجازة الولى تصرفه .. فأجاز تصرفه بنفسه .. جاز ، لأن له وليا يجيزه حال العقد[٢] .

٤ — ويشترط الشافعية - أن يكون من تولى الإجازة مالكا للتصرف عند العقد ... فلو باع الفضولى مال الطفل فبلغ الطفل فأجاز ذلك البيع .. لم ينفذ، لأن الطفل لم يكن يملك البيع عند العقد[٣] .

ثالثا : التصرف المجاز (وهو محل الإجازة ، وقد يكون قولا أو فعلا) .

---

(١) انظر : ارسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ ص ٤٨ ، ٤٩ .

(٢) انظر : جامع الفصولين ج ٤ ص ٣١٤ — حاشية الدسوقى ج ٣ ص ١٢ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٩١ .

(أ) إما إجارة الأقوال ... فتلحق بجميع التصرفات القولية ... لكن يشترط لها شروط هى :

١ — أن يكون التصرف قد وقع صحيحا ، فالعقد غير الصحيح لاتلحقه الإجازة ... كبيع الميتة ، فهو غير منعقد أصلا ، فهو غير موجود إلا من حيث الصورة فحسب ... والإجازة لاتلحق المعدوم ..

ويبطل العقد الموقوف وغير اللازم برد من له الإجازة .. فاذا رده فقد بطل .. ولا تلحقه الإجازة بعد ذلك[١] .

٢ — أن يكون التصرف صحيحا ، غير نافذ (أى موقوف) كهبة المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث[٢] .

٣ — أن يكون المعقود عليه قائما وقت الإجازة ، فإن فات المعقود عليه ، فان العقد لايلحقه الإجازة ، لأن الإجازة تصرف فى العقد ، فلابد من قيام العقد بقيام العاقدين ، والمعقود عليه[٣] .

(ب) اما اجازة الافعال ... فلا تخلو من أن تكون أفعال (إيجاد) أو (أفعال إتلاف) ...

(ا) فان كانت (أفعال إيجاد) فان الإجازة لاتلحقها ـ عند الإمام أبى حنيفة وروايات من المالكية ، والشافعية ، وأحمد .

فإن الغاصب اذا أعطى المغصوب لأجنبي ـ بأى تصرف ـ فأجاز المالك ذلك

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٤١ — حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١١ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٩ .

(٣) انظر : شرح الزرقانى جـ ٦ ص ١٩ . — جامع الفصوليين جـ ١ ص ٣١٤ .

فإن للغاصب - مع هذا - يكون ضامنا ، لأن الإجازة لاتلحق (الأفعال) ولأن الرضا بتصرف الغاصب لايجعل يده يد أمانة ، فضلا عن أن تصرفات الغاصب فى العين المغصوبة حرام ، ولا يملك أحد إجازة تصرف حرام .

ويرى الإمام محمد بن الحسن أن اجازة المالك لتصرف الغاصب صحيحة ، وتبرئ ذمته ، وتسقط عنه الضمان(١) .

(ب) أما إن كانت (أفعال اتلاف) ... فالحنفية ، ورواية المالكية والشافعية يرون أن الإجازة لاتلحق (أفعال الإتلاف) .

فليس للولى أن يهب مال الصغير ، لأن الهبة إتلاف ... فان فعل ذلك كان ضامنا ... فان بلغ الصبي ، وأجاز هبة وليه .. لم تجز ، لأن الإجازة لاتلحق أفعال الإتلاف .

أما الحنابلة(٢) ... فيفرقون بين ما إذا كان الولى (أبا) أو (غير أب)... فان كان أبا .. فلا يعتبر متعديا ، لأن له حق تملك مال ولده ، لحديث : « أنت ومالك لابيك »(٣) رواه ابن ماجه .

وإن كان الولى (غير أب) .. فهم مع الجمهور فى عدم نفاذ الإجازة ، ويعللون ذلك بان تصرفات الولى منوطه بمصلحة .. والتبرعات إتلاف ، فتقع باطلة .. فلا تلحقها الإجازة(٤) .

رابعا : صيغة الإجازة : (أو .. بم تتحقق الإجازة) ؟

---

(١) انظر : كشاف القناع جـ ٤ ص ٩٥ . الام — للشافعى جـ ٣ ص ٢٥٢ — وحاشيةابن عابدين جـ ٥ ص ١٢٦ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٦٩٨ .

(٣) انظر : الفتح الكبير جـ ١ ص ٢٧٧ .

(٤) انظر : حاشية القليوبى جـ ٢ ص ٣٧٠ ، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٢٦ ، والحطاب ومنح الجليل جـ ٣ ص ١٧٩ .

الإجازة تتحقق بكل مايفيد الرضا صراحة ، أو دلالة .. من قول .. أو فعل .. فتكون باللفظ .. وما يقوم مقامه كالكتابة ، أو الإشارة عن لا يستطيع النطق ..

وسواء كانت بالعربية أم بأية لغة من اللغات ، .. من كل عبارة تدل على الإنفاذ والرضا : (كأجزت - ورضيت - ووافقت) ... وهي اما صريحة - إذا دلت على ذلك صراحة .. كأجزت .. وأنفذت) .. أو غير صريحة - إذا دلت على ذلك بطريق اللزوم .. وبالإشارة : كأن يقول (نعم ماصنعت !! ، أو بارك الله لنا فيما فعلت !!) .

وتكون (بالفعل) إذا ماكان هذا الفعل أثراً للعقد ، وتوقفت سلامته عليه .. كقبض المهر .. ودفعه .. وإرساله .. ونحو ذلك من كل مايدل على الرضا .

وكذا لو علمت المرأة بالعقد ، وما سمى لها فيه - من المهر - فلم يصدر منها لفظ إجازة ... ولكن مكنت الزوج من نفسها .. كان تمكينها له كالإجازة للعقد والمهر معا ، حيث وقع التمكين بالوطء ، أو بمقدماته - بعد العلم بالعقد أو التسمية .

فأما لو جهلت العقد لم يكن التمكين إجازة ... وتحد إن مكنته من نفسها ، لأنها تعتبر زانية ، مالم تلحق منها الإجازة بعد أن تعلم سقوط الحد للشبهة ، وهو تعذر العقد ...

وأما لو علمت العقد ، وجهلت التسمية فلا إشكال فى أن التسمية تبقى موقوفة على إجازتها ... وقد يبقى العقد موقوفا أيضا ، فيبطل ، إذا أرادت التسمية ، ولم ترض بها[1] .

. . .

---

(١) انظر : التاج المذهب جـ ٢ ص ٥٥ ، جامع الفصولين جـ ١ ، ص ٣١٥ ، والبحر الرائق جـ ٦ ص ١٤٨ .

ومما تقدم نعلم أن الإجازة تتحقق بالقول .. أو بالفعل .. أو بمضى المدة فى التصرفات الموقوفة .. كمضى مدة الخيار ، فى خيار الشرط[١] .. أو بالقرائن القوية كالسكوت فى موطن الحاجة وإلى الإبطال ، كسكوت صاحب الحاجة عند رؤية حاجته يبيعها صغير مميز فى السوق وغيرها[٢] .

لكن ... هل يعد السكوت ... إجازة ؟

قلنا : إن الإجازة تكون بكل مايفيد الرضا : من قول ، أو فعل فهل تكون الإجازة أيضا .. (بالسكوت) عند العلم بالعقد ، أو بالتصرف ، أو عند مشاهدته ؟ ..

من القواعد التى ذكرها الفقهاء أنه لاينسب إلى ساكت قول ... ومقتضى هذه القاعدة أن السكوت لايعد (إجازة قولية) ... كما أنه لايعد (فعلا من الأفعال) وذلك كله لاينفى أنه قد يفيد الرضا - وإن لم يكن قولا ولا فعلا .

ومن الظاهر أن إفادته الرضا مردها إلى القرائن التى تحيط به ، وقد جاء (فى كتاب الأشباه والنظائر) : أن الوكالة لا تثبت بالسكوت ... فإذا رأى أجنبيا يبيع ماله ، فسكت ، ولم ينهه .. لم يكن سكوته توكيلا - خلافا لابن أبى ليلى... وأن السكوت لايعد إذنا للصبى ... والمعتوه - بالصرف ، إذا كان من القاضى ، وحدث السكوت منه وقت تصرفه ... وكذلك لايعد سكوت المرتهن (إذنا) للراهن ببيع العين المرهونة ... ولا يكون إذنا بإتلاف المال ، إذا مارأى غيره يتلف ماله فسكت ..

وإذا كانت الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ... فما لايثبت به الإذن ... لاتثبت به الإجازة ..

---

(١) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٨٦ .

(٢) انظر حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١٢ / دار الفكر .

وبناء على ذلك ... لايكون السكوت إجازه فيما ذكرنا من المسائل ، ولافيما يشبهها .

ويترتب على ذلك أن السكوت لايعد إجازة ، كما لايعد إذنا ... إلا أن الفقهاء قد استثنوا من هذا المبدأ مسائل عديدة ، اعتبر فيها السكوت (رضا — وإجازة) : كسكوت البكر البالغة بعد تزويج وليها إياها ... وسكوتها بعض قبض وليها — مهرها ... وسكوتها إذا بلغت — وقد زوجها غير أبيها وجدها . وسكوت الواهب عند قبض الموهوب له العين الموهوبة فى حضرته ..وسكوت الموقوف عليه ، بعد الوقف عليه ... وسكوت الولى إذا رأى الصبي المميز يبيع عليه ويشترى له وسكوت الإنسان عند رؤيته غيره يشق زقه(١) .. إلى غير ذلك من المسائل التى ذكروها .

وفى كتاب جامع الفصولين : أن سكوت المالك الحاضر وقت بيع الفضولى لايعد إجازة ... وذكر الخير الرملى : أن صاحب المحيط ذكر أن سكوته — أى المالك — عند البيع ، وقبض المشترى المبيع يعد رضا وإجازة ... قال صاحب جامع الفصولين : يرد الحكم فى ذلك إلى القرائن ، إذ العبرة فى (الإجازة) إنما هو تحقق الرضا بالتصرف — بأى دليل يدل عليه ... وهذا عند الحنفية(٢)

---

(١) زقه .. وعاء لبنه ..

(٢) انظر ابن عابدين حـ ٢ ص ٣٨٣ .

المبحث الثالث

هل السكوت يعتبر إذنا فى التصرف ؟

يقول ابن نجيم فى كتابه : الأشباه والنظائر[1]: (القاعدة الثانية عشر: لاينسب إلى ساكت قول) .. فلو رأى أجنبيا يبيع ماله ، فسكت ، ولم ينهه ... لم يكن الأجنبي وكيلا ... بسكوته (أى بسكوت مالك المال) ... ولو رأى القاضى الصبي ، أو المعتوه ، أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت ... لايكون إذنا فى التجارة ولو رأى المرتهن الراهن ؟ يبيع الرهن ، فسكت .. لايبطل الرهن ، ولا يكون رضا — فى رواية — .. ولو رأى غـيره يتلف ماله ، فسكت لايكون إذنا بإتلافه ... ولو رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك ، فسكت .. لم يكن إذنا — كما ذكره الزيلعى فى المأذون — ولو سكت عن وطء أمته لم يسقط المهر .. وكذا عن قطع عضوه — أخذاً من سكوته عند إتلاف ماله ... ولو رأى المالك رجلا يبيع متاعه — وهو حاضر ساكت — لايكون رضاعندنا — خلافا لابن أبى ليلى ... ولو رأى قنه — عبده — يتزوج ، فسكت ولم ينهه . لا يصير إذنا له فى النكاح ... إلى أن قال : .. وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة لايكون السكوت فيها كالنطق : — منها : —

المسألة السادسة : سكوت المالك عند قبض الموهوب له ، أو المتصدق عليه إذن ..

المسألة الرابعة عشرة : سكوت البائع الذى له حق حبس المبيع — حين رأى المشترى (قد) قبض المبيع إذن بقبضه ، صحيحا كان البيع أم فاسداً .

---

(1) انظر : الاشـباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٤ طبعة الحلبى سـنة ١٩٦٨ م .

المسألة السادسة عشرة : سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ، ويشترى إذن في التجارة .

المسألة الثانية والعشرون : سكوت ولى الصبى العاقل إذا رآه يبيع ، ويشترى إذن .

المسألة السابعة والثلاثون : سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن — كما فى القنية[1] .. (انتهى) .

ولبيان ماقاله ابن نجيم نقول :ـ

ما الإذن ؟ ... يقول القاموس « : أذن بالشيء ـ كسمع ـ إذنا ـ بالكسر وأذانا وأذانة .. علم به .. (وفعلة بإذنى ... بعلمى) ـ (وأذن له و الشيء) أباحه له ... » .

والإذن ـ عند الفقهاء ـ له عدة تعريفات .. نختار منها أنه : فك الحجر مما رتب عليه الشارع حكما شرعيا ، مما يعد من الأسباب الشرعية[2] .

ويفهم من هذا التعريف أن الإذن يكون فى التصرفات الممنوعة لتعلق حق من الحقوق التى تسقط بالإذن ... كالإذن العبد بأن يخـــدم فلانا يوم كذا ... والإذن له بأن يذهب إلى السوق لشراء حاجة المنزل ، من النفقة أو الكسوة لا يعد من قبيل الإذن المصطلح عليه ، الذى يكون به العبد مأذونا ... وكذلك الاذن للعمال المستأجرين ، أو المتبرعين بالعمل فيما هو مملوك للآذن للإصلاح ونحوه ..

---

(١) انظر الاشباه والنظائر ص ١٥٥ — ١٥٦ .

(٢) انظر القاموس المحيط مادة (اذن) .

(٣) انظر تبيين الحقائق جـ ٥ للزيلعى ص ٢٠٣ وتبين الحقائق وحاشية الشلبى عليها جـ ٣ ص ٢٠٤ .

لا يكون إذنا بالمعنى السابق ... وإنما يعد ذلك وأمثاله من قبيل الاستخدام، أو التوكيل، والانابة ..

كما أنه يفهم من تعريف (الاذن) السابق .. أنه يمكن أن يكون الاذن من قبيل الوكالة فى كثير من أحواله ... وذلك إذا كان المأذون أصلا فيها .

وعلى هذا يكون الإذن أشمل من الوكالة ... فكل وكالة تعد اذنا بما وكل فيه ولكن لا يعد كل اذن (وكالة) .. فقد يؤذن بالعمل من لا يصلح أن يكون وكيلا فيه — كالصبي قبل بلوغه سن التمييز ... وقد يأذن من لا يجوز منه التوكيل فيما أذن به، لأنه لا يملك أن يباشره كالمرتهن يأذن الراهن ببيع العين المرهونة .

كما يلاحظ من تعريفنا السابق للإذن .. والإجازة الفروق التالية بينهما :

١ — فالإجازة .. قد تكون تنفيذاً لتصرف موقوف .. ومن ثم يترتب عليها استتباع هذا التصرف لآثاره المترتبة عليه ... أو تكون امضاءاً لعقد غير لازم، وابرامه ... ومن ثم يترتب عليه سقوط الحق فى فسخه ممن أجازه، كما فى البيع بشرط الخيار .. يجيزه من شرط له الخيار ... وكما فى شراء عين قبل رؤيتها يجيزه المشترى بعد رؤيتها، وعلى ذلك لا تكون الا تالية للتصرف .

٢ أما الإذن .. فيكون سابقا على التصرف .. ولذا كان وكالة، أو فى معناها ... ومن ثم يكون التصرف الصادر بمقتضاه .. تصرفا من ذى ولاية .. بخلاف التصرف الصادر قبل الإجازة، فإنه يكون من غير ذى ولاية .

٣ — وقد جاء فى حاشية ابن عابدين — الفرق بينهما : —

أن الاذن انما يكون لما سيقع ... والاجازة إنما تكون لما وقع ... وأن الاذن يكون بمعنى الاجازة . إذا حدث بعد التصرف وكان الامر وقع وعلم به الآذن .

وهنا ملاحظة : وهى أن الإذن أو الوكالة يكون فى كل مايجوز للآذن أو الموكل مباشرته من التصرفات والأفعال .

أما الإجازة فلا تكون فى كل تصرف يصدر ... وإنما تختص بالتصرفات الموقوفة بسبب يرجع إلى نقص الوكالة ، أو عدمها ، أو تعلق حق الغير .. (على ماسيجىء بيانه) .

كما يلاحظ أن الاذن بالعقد أو التصرف يعد توكيلا فيه ، فيقبل الرجوع عنه قبل حدوثه من المأذون له .

أما الاجازة فتستتبع أثرها فى الحال .. ومن ثم لايقبل الرجوع فيها من المجيز ، إذ بمجرد الاجازه ينفذ العقد ... واذا نفذ لم يتوقف نفاذه(١) .

الاذن ... والسكوت :

بم يكون الاذن ؟ وهل يمكن أن يعتبر السكوت اذنا ؟ .

١ — يقول الحنفية — ماعدا أبا يوسف : إن الاذن كما يكون بالتصريح يمكن أن يكون بالدلالة ... فلو رأى عبده يبيع ويشترى فسكت .. صار العبد — مأذونا ... وإنما جعل السكوت — فى مثل هذا — إذنا ، لأن هذا موضع يجب البيان فيه ، لأن الناس يعاملون هذا العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم له قد تفضى الى لحوق ديون عليه ... فاذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة الى مابعد العتق ... وقد يعتق ، وقد لايعتق .. وفى ذلك اضرار بالمتعاملين ، فيكون السكوت هنا فى موضع الحاجة الى البيان ... والسكوت فى موضع الحاجة الى بيان ... بيان .

---

(١) البحر الرائق ج ٢ ص ١٥٠ — جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ .

أما أبو يوسف ... فقد ذهب الى أنه ليس اذنا ... وعلل ذلك بقوله : لأن السكوت يحتمل الرضا .. وفرط الغيظ .. وقلة الالتفات إلى تصرفه ، لعلمه بأنه محجور .. والمحتمل لأمور لايكون حجة على واحد منها.

وخلاصة القول فى ذلك ... أن الأصل فى الاذن أن يكون صريحا بدلالة لفظ .. أو كتابة .. أو إشارة مفهمة ... وإذا كان من قبيل مباشرة التصرف كان من قبيل التوكيل - عند كثير من الفقهاء - إذا كان فيما يجوز فيه التوكيل من الآذن ... كالإذن ببيع شيء معين يصدر من مالكه لمن يجوز له مباشرة البيع ، وهو البالغ العاقل ، أو الصبي المميز ، مع مراعاة أن يكون المأذون فيه مما يملك الآذن مباشرته ..

أما إذا كان لايملك مباشرته استقلالا فيصير (اذنا) .. لا (توكيلا) ، كما فى الاذن للراهن من المرتهن أن يبيع العين المرهونة ، فان ذلك لايعد توكيلا، إذ لايوكل مالك فى بيع مايملك .

وأما إذا كان بعد مباشرة التصرف فهو مايعرف (بالإجازة) .

والقاعدة : أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .. وإذا كان لها حكم الوكالة السابقة كان لها حكم الاذن من طريق أولى ... إذا كان فيما لايجوز فيه التوكيل ، كما فى اجازة : المرتهن بيع الراهن للعين المرهونة ، وإجازة المستأجر للمالك بيع العين المستأجرة ... يباشره مالكها فى مدة الاجازة .

والاجازة قد تكون صريحة : كأجزت ... ورضيت وقد تكون دلالة كما فى أحوال السكوت المعتبر إجازة لها حكم الاذن السابق .

وقد ذكر الحنفية فى هذا الباب فروعا يعتبر فيها السكوت (اجازة) و (إذنا) ... وأخرى لايعتبر ...

ومن النوع الأول - عندهم - إذا رأى المالك أجنبيا يبيع ماله فسكت ، ولم ينهه .. لم يكن ذلك إجازة لبيعه .

ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن .. فسكت لايكون إذنا ، ولا يبطل الرهن .

وذكروا - مما خالف ذلك - سكوت البكر عند استئمار وليها ، بعد الإجارة ... وسكوتها عند قبض مهرها ... وسكوتها إذا بلغت وهى بكر ... وسكوت الواهب عند قبض الموهوب إذن بالقبض ...وسكوت البائع عند قبض المشترى المبيع قبل دفع الثمن .. إذن .

وسكوت الموكل عند إخباره من الوكيل أنه يشترى لنفسه .. إذن . وسكوت ولى الصبي العاقل - إذا رآه يبيع ويشترى - إذن(١) .

٢ — أما المالكية : - فيرون أن الاذن يكون صراحة .. ويكون ضمنا : كشرائه - لمن أريد إذنه - بضاعة ، ووضعها بحانوت - مثلا - وأمره بجلوسه للتجارة بها ... وككتابته ... لأنها إذن حكما ؛ لإحرازه بها نفسه ، وماله .

وقال العدوى : (لامانع من أن يجعل من (الإذن الحكمى) ترشيد السيد له بأن يقول : رشدتك)(٢) .

٣ — أما الشافعية .. فقالوا : (الإذن) لابد أن يكون صراحة ، فلا يصير الرقيق مأذونا له بسكوت سيده على تصرفه ، لأن مايكون الإذن شرطا فيه .. لايكفى فيه السكوت ، كبيع مال غيره وهو ساكت .. وخرج من ذلك - بمقتضى

---

(١) انظر الهداية والعنـاية جـ ٧ ص ٣٣٥ — المطبعة الأميرية — الأشباه والنظائر لابن نجيم الحلبى ص ١٥٤ — ١٥٥ .

(٢) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي جـ ٣ ص ٣٠٤ .

الحديث ـ سكوت البكر فى النكاح .. يعد إذنا .. إذا زوجها الأب أو الجد اتفاقا ـ أو أحد العصبة على الأصح[١] .

٤ ـ أما الحنابلة ... فذهبوا مذهب الشافعية . من حيث وجوب التصريح فان رأى السيد عبده ... والولى صبيه يتجر .. فلم ينهه .. لم يصر مأذونا ، لأنه تصرف يفتقـــر إلى الإذن ... فلم يقم السكوت مقام الإذن ، كما لو باع الراهن رهنه ، والمرتهن ساكت ... أو باعه المرتهن ـ والراهن ساكت ، وكتصرفات الأجانب[٢] .

٥ ـ أما الظاهرية : ـ فقد جاء عنهم ـ فى المحلى : (والصبى لا ينفذ تصرفه فى ماله ، ولا يجوز .. إلا أن يبلغ رشيدا) ومعنى الرشد عندهم (الدين) وعكسه (الغى) ، لا المعرفة بكسب المال ، والصلاح فى تدبيره ، وصرفه ... ومن ذلك يظهر أنه ليس كل من العبد والصبى فى حاجة إلى (إذن) إذا تصرفا . لأن تصرف الأول فى ماله نافذ ، كتصرف الحر ... وتصرف الثانى فى ماله غير جائز ، ولا أثر للإذن فيه[٣] .

٦ ـ أما الزيدية ... فيرون إنما يصير العبد ، والصبى مأذونين حيث صارا مميزين ، وأذن لهما وليهما إذنا عاما ، أو خاصا ..

وإذا نطق وليهما بالإذن .. صح تصرفه .. فإن رآه يتصرف ، وسكت عنه صار مأذونا فى كل شىء ، وفى بيع ما اشتراه .. إلا إذا كان يبيع مال سيده فإن السكوت لا يكفى[٤] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٠٠ طبع الحلبى ـــ والأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٥٣ .

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى جـ ٤ ص ٦٠٦ ـــ المنار .

(٣) انظر المحلى لابن حزم ص .....؟

(٤) البحر الزخار جـ ٣ ص ٣٠٢ .

٧ وقال الإمامية : — والإذن لايكون بالسكوت ، ولا يترتب عليه أثره من نفاذ ماأذن فيه . . . إلا إذا كان صريحاً ، فلو تصرف العبد أمام سيده ، فلم يعترض ، ولم ينهه لم يكن ذلك إذناً[١] .

(إذن الصبي بالتجارة . . . وإذن البكر في الزواج)

أولا : إذن الصبي بالتجارة :

الصبي المأذون له في التجارة . . . هل يصح تصرفه مطلقا ؟ أم يقتصر على التصرف المأذون له فيه ؟ .

١ — يرى الحنفية أنه إذا أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء . . وليه . . . فهو في الشراء والبيع لايتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذونا له بسكوت الولي حينما يراه يبيع ويشترى .

ويجوز بيعه بغبن فاحش — عند أبي حنيفة . . .

والمراد بكونه يعقل البيع والشراء أن يعلم أنه (أي البيع) سالب للملك ، (والشراء) جالب له . . . وأن يقصد به الربح ، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش[٢] .

٢ — أما المالكية . . . فقد جاء في الشرح الكبير — بخصوص الإذن — : (ولو أذن له في نوع خاص — كالبز — فكوكيل مفوض ، فيما أذن له فيه ، وفي غيره من بقية الانواع . . . فإذا تصرف في غير ذلك النوع الذي أذن له فيه . . . كان تصرفه ماضيا ، بل وجائزا ابتداء . . . خلافا لما ذكره عبدالباقي ، من مضيه بعد الوقوع ، وإن كان غير جائز ابتداء .

---

(١) تحرير الأحكام / للحلبي جـ١ ص ٢٠١ .
(٢) الزيلعي جـ٥ ص ٢٠٧ .

والحاصل أن فى جواز القدوم على التصرف فى غير ماأذن له فيه — ولو اشتهر منعه منه — خلافا ..

والمعتمد .. الجواز — كما قال العدوى .. والحكم — إذا صار مأذونا له قد بينه فى الشرح الكبير .. والدسوقى[١] .. فقال : (وله أن يضع عن بعض غرمائه من دين له عليه .. بالمعروف .. وأن يؤخر غريماً بما حل عليه ، مالم يبعد التأخير ... وإلا منع .. والبعد — أيضاً — معتبر بالعرف ... ويضيف بطعام يدعو له الناس ، وله الإجازة إن استألف — أى تألفاً للتجار —

أما الصغير المميز ... فقد جاء فى مواهب الجليل[٢] مانصه :

« المراد بالإذن فى قولنا : إذا باع المحجور عليه ، أو اشترى بغير إذن وليه أن يأذن له فى خصوصية العقد المفروض ... وليس المراد أن يأذن له فى البيع والشراء على العموم ... كما يأذن السيد لعبده فى التجارة ... فإن ذلك لا يقصد... قال فى أواخر كتاب المديان ؟؟ من المدونة : وإذا عقل الصبى التجارة ، فأذن له أبوه ، أو وصيه أن يتجر ... لم يجز ذلك الإذن ، لأنه مولى عليه .

٣ - أما الشافعية ... فيرون أن الصبى المميز لا يصح تصرفه — ولو أذن له الولى فيه ... وقد دل على ذلك ماجاء فى مغنى المحتاج[٣]:

« وشرط العاقد — عندهم بائعا ، أو مشتريا — الرشد ، وهو أن يتصف بالبلوغ ، والصلاح لدينه ، وماله ... فلا يصح من صبى — وإن قصد اختباره .

وقد جاء فى اختبار الصبى أنه قبيل البلوغ ، أو عنده ... وحجر الصبى يرتفع ببلوغه رشيداً ... ويختبر رشد الصبى .. ويختلف بالمراتب : فيختبر ولد التاجر

---

(١) الشرح الكبير ، والدسوقى ج٣ ص ٣٠٤ .

(٢) انظر مواهب الجليل ج٤ ص ٢٤٧ .

(٣) انظر : مغنى المحتاج ج٢ ص ٧ .

بالبيع والشراء ، والمماكسة فيهما ... وولد الزارع بالزراعة ... والنفقة على القوام بها ... والمحترف بما يتعلق بحرفته »(١) .

٤ — أما الحنابلة ... فقد جاء فى المغنى(٢) : « ... وأما الصبى المميز فقد ذكر صاحب المقنع .. والمقدسى : أنه يجوز لولى الصبى المميز أن يأذن له فى التجارة — فى إحدى الروايتين — ويصح تصرفه بالإذن .

والثانية : لا يصح حتى يبلغ — وهو قول الشافعى ، لأنه غير مكلف . فأشبه غير المميز . ولأن العقل لا يمكن الوقوف فيه على الحد الذى يصلح به التصرف لخفائه ، وتزايده تزايداً خفى التدريج ، فجعل الشارع له ضابطا .. وهو البلوغ — فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة .

ولكن الراجح — عند الحنابلة — أنه يجوز التصرف من الصبى المميز مع الإذن . لكن يقتصر التصرف . فقط — على ما أذن له فيه .

٥ — أما الزيدية ... فقد ذهبوا إلى جواز الإذن بالتجارة للعبد ، والصبى المميزين ، فقد جاء فى البحر الزخار : « وإنما يصير الصبى والعبد مأذونين حيث صارا مميزين ، وأذن لهما وليهما إذنا عاما ، أو خاصا . نطقا أو سكوتا(٣) » .

٦ — ويرى الإمامية ... عدم جواز الإذن للصبى الذى لم يبلغ الحلم — بالتصرف فى ماله بيعاً ، وشراء ... فقد جاء فى كتاب : تحرير الأحكام للحلى : « هل يجوز تصرف الصبى المميز — فيما أذن له الولى فيه .. أولا ؟ الأقرب عدم جواز ذلك ... وكذلك الحكم لو تصرف بغير إذن الولى .. فلا يتوقف على الإجازة .. ويقع باطلا » .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المغنى جـ٥ ص ٢٠٠ — الشرح الكبير جـ٤ ص ٦٠٥ —

(٣) انظر : البحر الزخار جـ٣ ص ٣٠٢ .

ثانيا : إذن البكر فى الزواج -

١ - مذهب الحنفية .. قال الحنفية : إنه لا إجبار للولى على البكر البالغة فى الزواج ، ولذا لابد من إذنها ..

وجاء فى الفتح القدير ، والهداية(١) . « ولا يجوز للولى إجبار البكر البالغة على النكاح ، لأنها حرة ، مخاطبة . فلا يكون للغير عليها ولاية . والولاية على الصغيرة ، لقصور عقلها ، وقد كمل بالبلوغ ..

ومعنى الإجبار أن يباشر عقد الزواج عليها ، شاءت ، أو أبت . وإذا استأذنها ، فسكتت ، أو ضحكت .. فهو إذن .

والمرد بالسكوت : السكوت الاختيارى ، فلو أخذها سعال أو عطاس ، أو أخذ فمها ، فتخلصت من ذلك ، فردت - ارتد .

ولا فرق بين العلم والجهل ... فإن السكوت رضا .. حتى لو زوجها أبوها فسكتت ، وهى لاتعلم أن السكوت رضا ... جاز .

ولو تبسمت .. يكون إذنا - فى الصحيح ...

وإنما كان السكوت (رضا) ، لأن جانب الرضا فيه راجح ، لأنها تستحى عن إظهار الرغبة ... لا عن الرد .. بخلاف ما إذا بكت ، لأنه - أى البكاء - دليل السخط والكراهية .

وإنما كان السكوت (إذنا) ورضا .. لما تقدم ، ولقوله ﷺ : « البكر تستأمر فى نفسها ، فإن سكتت فقد رضيت » .

وإذا استأذنها غير الولى ، أو ولى غيره أولى منه - كالأخ مع وجود الأب

---

(١) انظر : الفتح القدير ، والهداية جـ٢ ص ٣٩٥ .

لم يكن سكوتها ، ولا ضحكها إذنا ، ورضا ... بل لابد من أن تتكلم بالإذن ، لأن هذا السكوت لقلة الالتفات ، فلم يقع دلالة على الرضا .. بخلاف ما إذا كان المستأمر - أى المستأذن - رسول الولى ، فإن سكوتها حينئذ يكون إذنا لأنه قائم مقام الولى[١] » .

٢ - أما المالكية ... فيرون أن الولاية فى تزويج البكر البالغة ولاية إجبار لأبيها ... فلا ضرورة لإذنها ... إلا اذا كانت قد رشدت ، أو كان المزوج غير الاب ، ووصيه ... فقد جاء فى الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقى عليه ما حاصله[٢] : « ثم جبر - بعد المالك - أب رشيد ، والا يكن رشيدا - بل كان سفيها - فالذى يجبرها وليه ... والمختار أن عدم الرشد هنا فقد التمييز » .

وجبر الأب المجنونة المطيقة - ولو ثيبا ، أو ولدت الأولاد - لا من تفيق فتنظر إفاقتها : إن كانت ثيبا بالغا ، فاذا أفاقت فلا تزوج إلا برضا ... وأما إذا كانت بكراً فإنه يجبرها - ولو كانت عانسا ..

ولا تنتظر إفاقتها لو كانت مجنونة تفيق أحيانا - إلا إذا زوجها لذى عاهة كخصى .

وما ذكر من جبر البكر - ولو عانسا - هو المشهور .. خلافا لابن وهب حيث قال : - « للأب جبر البكر مالم تكن عانسا ، - لأنها لما عنست صارت كالثيب » .

ومنشأ الخلاف هو : هل العلة فى الجبر البكارة - وهى موجودة ... أو الجهل بمصالح النساء - وهى مفقودة - ؟

---

(١) المرجع السابق .

(٢) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقى جـ٢ ص ٢٢٢ .

ويجبر الثيب — ولو بنكاح صحيح — ان صغرت أو كبرت : بأن كبرت وثبت بمارض ، كوثبة ، أو ضربة ، أو بحرام : زنا ، أو غصب .

ولا يجبر بكراً رشدت بعد البلوغ ، بأن قال لها : رشدتك ، أو أطلقت يدك أو رفعت الحرج عنك ... أو نحو ذلك .

ثم لاجبر لأحد من الأولياء لأنثى ولو بكراً يتيمة تحت حجره بعد السيد في تزويج الأمة — وبعد الأب ، ووصيه - في تزويج الحرة .

وحيث لايوجد من له ولاية الإجبار .. فتتزوج بإذنها .. فان كانت بكراً كفى صمتها — إلا بعد ما استثنى ... وإن كانت ثيبا أعربت عن نفسها ...

والذى استثنى هو البكر التى رشدت .. فلابد من نطقها بأنها راضية بذلك الزوج .

٣ — والشافعية قالوا ... البكر تزوج بدون إذنها ، ولو كانت بالغة .. إذا كان المزوج أبا .. أو جداً لأب ... فقد جاء في المنهاج وشرحه (مغنى المحتاج) : « وللأب تزويج بنته البكر — صغيرة أو كبيرة .. عاقلة أو مجنونة - بغير إذنها ، لخبر الدار قطنى : — « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر يزوجها أبوها » ... ورواية مسلمة : « البكر يستأمرها أبوها » ، حملت على الندب .

ولكن يشترط لصحة تزويج الأب لها بغير إذنها شروط .. وهى : ألا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة ... وأن يكون الزوج كفئا ... وأن يكون موسرا بمال الصداق .

والتى تجبر يستحب استئذانها ... وإذن البكر البالغة العاقلة إذا استؤذنت في تزويجها من كفء ، أو غيره — يكفى فيه صمتها — في الأصح ، لما روى مسلم : « والبكر تستأمر ، وإذنها سكوتها » .

والرأى الثانى : لابد من النطق .. كما فى الثيب .. ومحل الخلاف فى تزويج غير المجبر ... أما هو .. فالسكوت كاف قطعا .

أما الثيب البالغة العاقلة فتزوج بصريح الإذن : للأب ، أو غيره ... ولا يكفى سكوتها ، لحديث : « ليس للولى على الثيب أمر » رواه أبو داود ، وغيره وقال البيهقى : رواته ثقات .

ولو أذنت بلفظ التوكيل .. جاز ، لأن المعنى فيهما واحد

وإن قال الرافعى : « الذين لقيناهم من الأئمة لايعدونه إذنا ، لأن توكيل المرأة فى النكاح باطل(١) » .

٤ — أما الحنابلة ... فيرون — كباقى الأئمة — أن البكر — إذا كانت صغيرة — فلا إذن لها معتبر ... أما إن كانت كبيرة ففيها روايتان :

فقد جاء فى الشرح الكبير للمقدسى : « فأما الإناث ... فللأب تزويج ابنته البكر الصغيرة ، التى لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف إذا وضعها فى كفاءة يجوز له ذلك مع كراهيتها ، وامتناعها .. وقد دل على ذلك قوله تعالى «واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر - واللائى لم يحضن ..» فجعل للائى لم يحضن عدة ثلاثة أشهر... ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق فى نكاح ، أو فسخ ، فدل ذلك على تزويج ، وتطليق ولا إذن لها يعتبر ... وقالت عائشة رضى الله عنها : — « يزوجنى النبى صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست وبنى بى(٢) وأنا ابنة تسع» متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحالة ممن يعتبر إذنها .

---

(١) انظر : مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ — ١٥٠ .

(٢) بنى بى : دخل بى .

وفى البكر البالغة العاقلة روايتان :

إحداهما : أن له إجبارها على النكاح ..

والثانية : ليس له ذلك ... واختارها أبو بكر رضى الله عنه ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : — « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » . فقالوا : يارسول الله : فكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت » ، ولأنها جائزة فى التصرف فى مالها . فلم يجز إجبارها — كالثيب .. والرجل(١) .

• — مذهب الظاهرية : ... قال ابن حزم : « للأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر — مالم تبلغ — بغير اذنها ، ولا خيار لها اذا بلغت... فإن كانت ثيباً من زوج مات عنها ، أو طلقها — لم يجز للأب — ولا لغيره — أن يزوجها إلا بإذنها ... فإن وقع فهو مفسوخ أبدا ،

فأما الثيب فتنكح من شاءت — وإن كره الأب — وأما البكر فلا يجوز لها نكاح إلا باجتماع إذنها ، وإذن أبيها .

وقد بين ابن حزم : .. أن إذنها لايكون الا بالسكوت فقال : « وكل ثيب فإذنها — فى نكاحها — لايكون إلا بالا بكلامها ، بما يعرف به رضاها ، وكل بكر فلا يكون إذنها فى نكاحها — إلا بسكوتها ... فان سكتت فقد أذنت ، ولزمها النكاح ... فان تكلمت بالرضا .. أو بالمنع ة أو غيرذلك ، فلاينعقد بهذا — نكاح عليها ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : — فى البكر — « إذنها صماتها » .

٦ — مذهب الزيدية : أنه يعتبر (رضا) البكر البالغة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : — « والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صماتها » .

---

(١) انظر : الشرح الكبير جـ ٧ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ .

ويناقشون من قال باجبارها من الأب بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها » .. فدل بمفهومه على أن البكر ليس لها هذا الحق فقالوا : الصريح (أى الذى جاء فى الحديث الخاص باستئذان البكر) — يدفع المفهوم .. وكما يكون الإذن بالسكوت يكون بالضحك ، والهروب ، وتغطية الوجه ، لأجل العادة(١) .

٧ — وقال الإمامية : . . لاولاية لأحد فى النكاح اخير الأب . والجد للأب وان علا . . والوصى . . والمولى . . والحاكم .

وولاية الأب والجد ثابتة على الصغيرة ، ولو ذهبت بكارتها بزنا .. أو غيره لافرق بين الثيب والبكر فى ذلك . . ولهما الولاية على الصبى غير البالغ . . . والثيب تزوج نفسها . ولا ولاية عليها لأب ، ولا لغيره .. ولو زوجها من غير اذنها وقف على اجازتها .

وأما البكر البالغة فأمرها بيدها ... وقيل العقد مشترك بينهما ، فلا ينفرد به أحدهما ... وقيل أمرها للأب(٢) .

٨ — ويرى الاباضية : . . . أنه لانكاح — عندهم — الا بولى ، والا باذنه ، أو باجازته بعده .

وأولى الأولياء فى النكاح . . الأب ، فالجد وابن علاه .

ولا تزوج البكر الا بعد استثمارها . . ولو كان المباشر للعقد هو الأب . . فان لم تستأمر بطل . . مالم تجزه بعد ذلك . وقيل اذا زوجها الأب جاز عليها .

ومن الاباضية من اشترط استثمار البكر ، ولو لم تبلغ اذا كانت متميزة . .

---

(١) انظر البحر الزخار ج ٣ ص ٢٨ .
(٢) انظر : المختصر النافع ص ١٩٦ .

ويزوج الأب البكر ، أو الثيب عند طفولتهما(١) .

ويثور هنا سؤال لابد منه فى هذا المقام ... وهو :

بم يكون إذن المستأمرة ورضاها ؟

١ — يقول الحنفية : ـ المستأمرة إما أن تكون ثيباً .. وإما أن تكون بكرا .

(ا) فإن كانت ثيباً :. فرضاها يعرف بالقول تارة .. وبالفعل أخرى ..

أما القول .. فظاهر .. بأن تقول : رضيت .. أو أجزت ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب يعرب عنها لسانها » .

وأما الفعل .. كالتمكن من نفسها .. أو المطالبة بالمهر والنفقة ، والأصل فى ذلك ماروى عن النبى ﷺ أنه قال « لبريرة » : إن وطئك زوجك فلا خيار لك » .

ولو زوجها أبوها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح ، لأن الأصل فى السكوت ألا يكون (رضا) ، لكونه محتملا فى نفسه ... وإنما أقيم الرضا فى البكر لضرورة الحياء ... والثابت بالضرورة لايعدو موضع الضرورة ... ولاضرورة فى حق الثيب ، فلهذا لايكتفى بسكوتها عند الاستئمار . ولا إذا بلغها العقد .

(ب) وإن كانت بكراً .. فان رضاها يعرف بهذين الطريقين — السابقين — وبثالث ... وهو : السكوت .. اذا لم يكن الذى باشر العقد أجنبيا ، أو وليا بعيدا — مع وجود الأقرب :. وهذا استحسان ، لما روى عن رسول الله ﷺ — أنه قال : « تستأمر النساء فى أبضاعهن » فقالت عائشة رضى الله عنها — ان البكر تستحى يارسول الله فقال عليه السلام : — « اذنها صماتها » وروى « سكوتها رضاها » وروى « سكوتها اقرارها » .

---

(١) انظر : شرح النيل جـ ٣ ص ٦١ .

وكل ذلك نص فى الباب .. وروى « البكر تستأمر فى نفسها ، فان سكتت فقد رضيت » وهذا أيضاً — نص ، ولأن البكر تستحى عن النطق بالإذن فى النكاح لما فيه من اظهار رغبتها فى الرجال ، فتنسب الى الوقاحة .

فلو لم يجعل (سكوتها) اذنا ، ورضا بالنكاح ... دلالة ، وشرط نطقها — وهى لا تنطق عادة — ، لفاتت عليها مصالح النكاح ، مع حاجتها الى ذلك ... وهذا لا يجوز .

والقياس ألا يعتبر السكوت رضا ... ولكن ترك القياس للنص ..

والمراد بالسكوت .. السكوت الاختيارى ، فلو أخذها سعال ، أو عطاس ، أوخذ فمها .. فخلصت .. فردت الإذن .. ارتد .

ولا فرق بين العلم والجهل .. ألو زوجها أبوها فسكتت — وهى لا تعلم أن السكوت رضا — جاز .

وقد فرع الحنفية على ذلك : أنه لو زوجها وهى حاضرة — بغير كفء فسكتت .. لم يكن رضا — فى قول محمد بن سلمة .. وهو قول أبى يوسف ومحمد(١) ..

ولا يشترط فى كون السكوت (رضا) تسمية المهر .. وقيل : يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق — قلة وكثرة — .

والصحيح الأول : لأن للنكاح صحة بدونه .

واختلف الحنفية فيما اذا زوجها غير كفء(٢) ، فبلغها ، فسكتت . فقال الصاحبان : لا يكون رضا وقيل — فى قول أبى حنيفة — يكون رضا ، ان كان المزوج أبا ، أو جدا ... وان كان غيرهما فلا .

---

(١) انظر فتح القدير جـ ٢ ص ٣٩٨ .
(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ، جـ ٣ ص ١١٣ .

ولو زوجها فبلغها الخبر(١)، فسكتت — فهو على ما ذكر — من أنها أن سكتت، أو ضحكت — بلا استهزاء — أو بكت بغير صوت.. فهو رضا.. والا فلا.

وقال ابن مقاتل: لايكون السكوت — بعد العقد — رضا، لأن اعتبار السكوت السابق.. رضا.. على خلاف القياس.. بالنص.. وأما السكوت اللاحق فالحاجة إلى الإجازة... والسكوت لايكون إجازة، لأنه ليس في معنى المنصوص، فأن السكوت — عند الاستئمار — دليل على الرضا — وبعده اذا بلغها الخبر — ليس كذلك... فلا يثبت الرضا هنا بمجرد السكوت.

وعن أبي يوسف: — السكوت بعد العقد رد... ذكره في البدائع.. قال وهو قول محمد.

والأصح الأول، لأن وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد.. وبعده.. فلما كان اذنا قبله — لدلالته على الرضا — كان اجازة بعده، لدلالته عليه، ولا أثر للفرق بكونه ملزما.. وعدمه — على أن الحق أنه ملزم في كل منهما.. غير أنه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال.. وقبله — يتوقف على التزويج من المستأذن.

وعلى هذا فرعوا... أنه لو استأذنها في معين فردت... ثم زوجها منه، فسكتت... جاز على الأصح.

بخلاف مالو بلغها، فردت، ثم قالت: رضيت — حيث لايجوز، فله العقد بطل بالرد، فالرضا — بعد ذلك — بعقد مفسوخ.

وكذا استحسنوا التجديد عند الزفاف — فيما إذا زوج قبل الاستئذان إذا غلب حالهن اظهار النفرة عند فجأة السماع.. والأوجه عدم الصحة، لأن ذلك

---

(١) انظر: الفتح على الهداية جـ ٢ ص ٤٠٠، ٤٠١.

الرد الصريح لاينزل عن كون ذلك السكوت دلالة الرضا... ولو كانت قالت : قد كنت قلت لاأريده - ولم تزد على هذا — لايجوز النكاح ، للإخبار على امتناعها(١) .

٢ — أما مذهب المالكية ... فيعتبر صمت البكر رضا بالزواج ، وبالصداق ولا يشترط نطقها ، وندب إعلامها بأن صمتها رضا منها .

ولا يقبل منها — بعد العقد — دعوى جهلها أن صمتها رضا — فى تأويل أكثر العلماء — لشهرته عند الناس ..

ومن زوجها وليها بغير إذنها ، ثم أعلمها — بالقرب — فرضيت .. جاز ولا يعد صمتها — هنا — رضا .... وإن كانت بغير البلد - أو فيه — وتأخر إعلامها .. لم يجز ، وإن رضيت(٢) .

والثيب — غير المجبرة — تعرب عما فى نفسها — عن الرضا بالزواج ، والصداق ، أو عدم الرضا بهما ، أو بأحدهما .. ويشاركها فى تلك سبعة أبكار :

١ — بكر رشدت : من أب ، أو وصى .. فلابد من نطقها له .

٢ — بكر عضلت (أى منعها أبوها عن النكاح ، فرفعت أمرها الى الحاكم ، فزوجها) فلابد من نطقها بالرضا بذلك العرض .

٣ — بكر زوجت بعبد . فلابد من نطقها ، ولو مجبرة فلابد من نطقها .

٥ — بكر يتيمة .. لابد من إذنها ، بقولها ... ولكن المعتمد أنه يكفى صمتها .

---

(١) انظر فى ذلك : البدائع جـ٢ ص ٢٤١ ومابعدها — والمبسوط جـ٥ ص ١٠ ص ١٠ — وحاشية الطحطاوى على الدر المختار جـ ٢ ص ٣١ .

(٢) انظر . التاج الاكليل ، للمواق على الحطاب جـ ٣ ص ٤٣٤ .

٦ - بكر غير مجبرة . افتيت عليها (أى تعدى عليها وليها غير المجبر ، فزوجها بغير اذنها ، ثم وصل لها الخبر ، فرضيت بذلك ... فلابد من رضاها بالقول ... ولا يكفى الصمت .

ويشترط لصحة نكاح المفتات عليها — سواء كانت بكراً ، أو ثيباً — رضاها بذلك العقد . . بالنطق ، وأن يكون رضاها قريبا زمنه من العقد ... وأن تكون المرأة فى البلد الذى وقع فيه العقد افتياتا ... وألا يقر الولى — الذى وقع منه الافتيات — بالافتيات حالة العقد ... وألا يقع منها رد قبل الرضا(١) .

٣ — أما الشافعية ... فيرون أنه يكفى فى البكر البالغة — إذا استؤذنت وإن لم يعلم الزوج سكوتها ،الذى لم يقترن بنحو بكاء مع صياح ، أو ضرب خد للمجبر قطعاً ، ولغيره ، بالنسبة للنكاح ولو بغير كفء — وإن ظننته كفئاً — لا لدون مهر المثل ... أو كونه من غير نقد البلد ... فى الأصح ، مسلم ... وإذنها سكوتها ولقوة حيائها .

ومقابل الأصح قال ... لابد من النطق ، كما فى الثيب . . وكسكوتها قولها : لم لا يجوز آذن ؟ جوابا لقوله : أيجوز أن أزوجك ؟ أو فأذنين ؟

أما إذا لم تستأذن ، وإنما زوج بحضرتها . . فلا يكفى سكوتها وأفتى البغوى بأنها لو أذنت — مخبرة ببلوغها فزوجت ، ثم قالت : لم أكن بالغة حين أقررت ... صدقت بيمينها ... وفيه نظر ، إذ كيف يبطل النكاح بمجرد قولها السابق منها نقيضه ؟ لا سيما مع عدم إبدائها عذراً فى ذلك . .

والمعتق ، وعصبته . . والسلطان — كالأخ . . فيزوجون الثيب البالغة بصريح الإذن ، والبكر البالغة . . بسكوتها .

---

(١) انظر الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٢٧ .

أما الثيب العاقلة البالغة فلابد من صريح إذنها ، ولو بلفظ (الوكالة) للأب ، أو غيره ، أو بقولها : أذنت له أن يعقد لى ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس للولى مع الثيب أمر »[1] .

٤ - مذهب الحنابلة[2] ... قالوا : إذن الثيب .. الكلام ، وإذن البكر .. الصمات .

أما الثيب فلا خلاف بين أهل العلم فى أن إذنها الكلام ، للخبر ولأن اللسان هو المعبر عما فى القلب ... وهو المعتبر فى كل موضع يعتبر فيه الإذن - غير أشياء يسيرة أقيم الصمت فيها .. مقامه ، لعارض ..

ولا فرق بين الثيوبة بوطء مباح ، أو حرام .

وأما البكر ... فإذنها صماتها .. ولا فرق بين كون الولى أبا أو غيره ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لاتنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن فقالوا : يارسول الله : فكيف إذنها ؟ قال : « أن تسكت » .

وفى رواية عن عائشة انها قالت : يارسول الله : إن البكر تستحى !! قال : « رضاها صمتها » - متفق عليه - وفى رواية : « تستأمر اليتيمة فى نفسها ، فإن سكتت فهو اذنها »[3] .

٤ - أما الظاهرية ... فالقاعدة عندهم : أن كل ثيب ، اذنها فى نكاحها لايكون الا بكلامها ، بما يعرف به رضاها ، لقوله ﷺ : « لاتنكح الأيم حتى تستأمر » .

وكل بكر لايكون اذنها فى نكاحها الا بسكوتها ... فإن سكتت فقد أذنت ،

---

(١) انظر : نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٧١ ، ١٧٧ .

(٢) انظر : المغنى ... لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ .

(٣) المرجع السابق .

ولزمها النكاح ... فان تكلمت بالرضا ، أو بالمنع ، أو غير ذلك فلا ينعقد — بهذا — النكاح عليها ، لأن الرسول ﷺ — أبطل النكاح عن البكر مالم تستأذن ، فتسكت ، وأجازه إذا استؤذنت فسكتت بقوله — عليه السلام — : « لا تنكح البكر حتى تستأذن ، وإذنها صماتها » .

والصحابة لم يعرفوا ما إذن البكر ، حتى سألوا رسول الله ﷺ : عنه ، وإلا كان سؤالهم فضولا . . وحاشا لهم ذلك .

وما علمنا أحداً من السلف روى عنه أن كلام البكر يكون رضا . . وروى عن عمر رضى الله عنه — وعن على ، وغيرهما أن إذنها السكوت(١) .

٥ — ويرى الإمامية(٢) ... أن البكر إذنها صماتها . . أما الثيب ومن فى حكمها — كمن ذهبت عذرتها بالزنا — فإذنها نطقها . . أى لا بد من أن تصرح روى عن النبى ﷺ أنه قال : — الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن وإذنها صماتها » . فدل ذلك على أن الثيب بخلافها ..

الآثار التى تترتب على استعراض هذه المذاهب) .

يتضح مما تقدم أن الفقهاء مختلفون فى تزويج من تستأذن ، إذا وقع بغير إذنها .

١ — فالحنفية يقولون : الرضا فى نكاح البالغة — شرط الجواز ، فإذا زوجت بغير إذنها .. توقف التزويج على رضاها .. فإن رضيت جاز ، وإن ردت .. بطل الزواج(٣) .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٧١ .
(٢) انظر كتاب الخلاف للطوسى ج ٢ ص ١٤٤ .
(٣) انظر : بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢١١ .

٢ — والمالكية يقولون : إن زوج البكر وليها - بغير إذنها ، ثم أعلمها بالقرب ، فرضيت .. جاز ، وإن كانت بغير البلد ، أو فيه وتأخر إعلامها ... لم يجز ، وإن رضيت : قال ابن سلمون : إن زوجها بغير إذنها فالمشهور أنه جائز إذا أعلمها[١] .

٤ - أما الشافعية فيرون .. ن الإذن ليس ركناً فى العقد .. بل هو شرط فيه ... وإذا فقد شرط من شروط الصحة بطل النكاح ... ومحل اعتبارها - أى الصحة - إن لم يكن من المرأة إذن فى التزويج[٢] .

٣ — مذهب الحنابلة ... يرون أنه إذا زوجت المرأة المعتبر إذنها - بغير إذنها - فالنكاح باطل .. فى أصح الروايتين - نص الإمام أحمد عليه... وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقف على الإجازة . . فإن أجازته جاز ... وإن لم تجزه فسد لأنه عقد لايثبت فيه أحكامه : من الطلاق ، والخلع ، واللعان ، والتوارث ، وغيرها — فلم ينعقد - كنكاح المعتدة[٣] .

٤ — مذهب الظاهرية : يرون بطلان النكاح عن البكر مالم تستأذن ، فتسكت وجوازه إذا استؤذنت ، فسكتت ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح البكر حتى تستأذن ، وإذنها صماتها »[٤] .

٥ — مذهب الإمامية ... يرون أنه لو زوج الرجل بنته الثيب الكبيرة الرشيدة .. أو أخته الكبيرة الرشيدة - بغير إذنها - فهو باطل ، ولا يقف على إجازة أحد ، لأن العقود الشرعية تحتاج إلى أدلة شرعية ، ولا دليل على أن هذه على الإجازة ... فوجب القضاء بفسادها

---

(١) انظر : التاج والاكليل : للمواق على الحطاب جـ ٣ ص ٤٣٢ .

(٢) انظر : حاشية القليوبى جـ ٣ ص ٢٢٢ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .

(٤) انظر : المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٦١ .

خاتمة هامة

نستخلص مما قلناه عن الاذن ، وما يتعلق به من أحكام ... أن هناك تصرفات يتوقف نفاذها ، أو جوازها على الإذن ...

ويمكن لنا أن نستنتج قاعدة فى هذا الباب ... وهى :

كل تصرف ، أو عمل ـ إذا كان يمس حقا لغير من يباشره .. وجب نفاذه وجوازه ، دون انتظار الإذن فيه من صاحب الحق ، إما بطلب ذلك منه ... أو باقدام صاحب الحق ـ نفسه ـ على إصداره ، دون طلب .

مايترتب على تلك القاعدة من فروع

وإليك ـ أخى القارىء العزيز ـ بعض الفروع الفقهية المترتبة على تلك القاعدة (وهى متفرقة فى مظانها المختلفة ، فى أبواب الفقه ولذا كان من العسير إحصاؤها) ويكفى أن نشير منها إلى مايأتى :

أولا : ليس للموهوب له أن يقبض العين الموهوبة إلا باذن صاحبها ، الواهب فان قبضها من غير إذنه ـ لم يعتبر هذا القبض .. ويعتبر الإيجاب بالهبة إذنا بالقبض ، إذا كان فى مجلس العقد .. وإلا وجب إذن مستقل بقبضها .

ثانياً : ليس للوكيل أن يوكل غيره ، فيما وكل فيه ـ إلا إذا كان عاجزا عن القيام به ، أو غير لائق به ، أو إذنه الموكل فى ذلك .

ثالثاً : إذا أدى الكفيل بالدين .. ما التزم به ـ إلى الدائن ، وكانت الكفالة بغير طلب المدين .. لم يرجع على المدين .. إلا إذا أذنه بالأداء .

رابعاً : لا تملك أرض الموات بالإحياء .. إلا إذا أذن الإمام .. فلو أحياها بلا إذن منه .. لم يملكها .

خامسا : لايجوز للمستعير أن يعير غيره مطلقا — عند الشافعية — و عند الحنفية ذلك بما يختلف الانتفاع به باختلاف المستعمل ... إلا بإذن من المعير .

سادساً : إذا كانت منفعة العين المستأجرة مما يختلف باختلاف المستعمل ... فلا يجوز للمستأجر — فى رأى أبى حنيفة ، وأصحابه — أن يؤجرها إلا بإذن من مالكها المؤجر ، إذ قد يضر انتفاع المستأجر الجديد بها ، لأن انتفاعه بها ، أشد ضرراً ، وأقسى استعمالا .

سابعا : يرى الحنفية أنه لايجوز للمطلقة بائنا — بعد انتهاء عدتها — أن تخرج بالولد المحضون ، من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت — بحيث لايمكن والده أن يراه ثم يرجع فى نهاره ... إلا بإذنه ... ولكن لها الخروج من قرية إلى مصر[1] قريبة ومن بلدة إلى أخرى هى وطنها ، وقد عقد عليها فيها .

أما غيرها من الحاضنات فليس لها نقله إلا بإذن الأب فى جميع الأحوال ... كما لايجوز للأب أن يخرجه من بلد حاضنته إلا بإذنها — مابقيت حضانتها[1].

ثامنا : لايجوز للمالك المؤجر للعين أن يبيع العين المستأجرة فى أثناء مدة الإجارة .. إلا بإذن المستأجر ، لأن حقه فى وضع يده عليها ، استيفاء لمنفعتها — متعلق بها .. والتصرف فيها يمس ذلك الحق .. فلا ينفذ إلا بإذنه ، حتى لايضار بغير رضاه ... والإذن فى هذه الحالة ليس من قبيل التوكيل .

تاسعا : لايجوز للراهن أن يبيع العين المرهونة ، أو يرهنها لدى دائن آخر أو يؤجرها ، أو يرتب عليها حقا .. إلا بإذن من المرتهن ، وذلك لتعلق حقه بها ، وفى التصرف فيها مساس بهذا الحق ، وضرر بصاحبه .. فوجب لذلك — إذنه ، حتى لايضار بغير رضاه ..

---

(١) أى مدينة كثيرة السكان والمناشط .

(١) انظر : الدر المختار ج ٢ ص ٦٩٨ .

ويلاحظ أن إذن المرتهن فى هذه الحالة ليس من قبيل التوكيل . لأنه غير مالك للعين المرهونة . . . ومن ثم لا يصح منه توكيل لمالكها فى التصرف فيها ، لأن التصرف من خصائص الملك .

وكذلك لا يجوز للمرتهن أن يبيع العين المرهونة ، لاستيفاء دينه من ثمنها إلا بإذن من الراهن ، لأنه مالكها .

وكذلك الحكم فى كل تصرف يصدر من شخص فيما لا يملك .. والإذن فى هذه الحالة من قبيل « التوكيل » .

المبحث الرابع

هل السكوت يعتبر أبراء من الحقوق ؟

تعريف الإبراء .. يعرف الإبراء فى اللغة بأنه الإزالة أو التنزيه من التلبس بشىء ، جاء فى مختار الصحاح[1] : « برىء منه ، ومن الدين ، والعيب .. وأبرأه من الدين ، وبرأه ، وتبرأ من كذا فهو براء » .

وعند الفقهاء[2] : إسقاط شخص حقا له فى ذمة آخر ... كاسقاط الدائن دينا له فى ذمة مدينه ... بقوله له : أبرأتك من ديونى — أو ما يفيد ذلك المعنى — يريد بذلك إسقاط ما فى ذمته من دين له .

أو هو : إسقاط لحق شخص قبل آخر - كما يفهم من تعريفه السابق ، لذا كان نوعا من الإسقاط ... لأن الإسقاط كما يكون تركا لحق فى ذمة شخص آخر — كما فى إسقاط الدين الذى تشغل به ذمة المدين — يكون لحق ثابت لصاحبه دون أن تشغل به ذمة آخر ، كما هو الحال فى إسقاط الشفيع حقه فى الشفعة ... وكما فى إسقاط الموصى له بسكنى دار — حقه فى سكناها ..

وعلى ذلك يكون كل (إبراء) (إسقاطا) وليس كل إسقاط إبراء . .

وهذا الكلام يجعلنا نتساءل : هل الإبراء إسقاط أو تمليك ؟

١ — قال أغلب الحنفية[3] — وهو قول لكل من المالكية ، والشافعية ، والراجح عند الحنابلة — أنه للإسقاط .

---

(١) انظر مختار الصحاح مادة : برأ ، وبرىء . ص ٤٥

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٧٦ .

٢ — بعض الشافعية ، وابن مفلح الحنبلي .. يرون أنه تمليك من وجه ..

٣ — ما نقله ابن مفلح أيضاً أن جماعة من الحنابلة جزموا بأنه تمليك ، وقالوا : إنا سلمنا أنه إسقاط ... فكأنه ملكه إياه ، ثم سقط .

ويفهم من كل هذا أن الإبراء يحمل — عند جمهور الفقهاء — على معنيين:

(أ) معنى الإسقاط ... بالنظر إلى الدائن ، إذ قد تخلى عنه ، وانقطعت مطالبته به .

(ب) معنى التمليك ... بالنظر إلى المدين ، إذ قد تملكه ، فزاد ثراؤه بقدره .. ألا يرى أنه كان مطالباً بانتقاص قدره من ماله — في سبيل الوفاء به ، فاستبقى ذلك له ؟[1] وهذا يعني تملكه إياه .

(آثار اعتبار هذين المعنيين ... في الإبراء)[2] :

يظهر أثر ذلك في أن الحكم قد يختلف باعتبار الإبراء ... إسقاطا ... أو تمليكا ..

وقد صرح الحنفية بذلك فيما لو وكل الدائن المدين بإبراء نفسه ... صح التوكيل ، نظراً إلى جانب الإسقاط ... ولو نظر إلى جانب التمليك .. لم يصح ، كما لو وكله بأن يبيع من نفسه .

حكم الإبراء : هل هو مشروع في الجملة ؟ والأصل فيه :

١ — الندب ... يقول الخطيب الشربيني[3] : « الإبراء مطلوب ، فوسع

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٧٦ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ٤ ، الدسوقي جـ ٣ ص ٩٤ ، ٣٣٠ ، القليوبي وعميرة جـ ٢ ص ٣٢٦ الفروع لابن مفلح جـ ٤ ص ١٩٣ .

(٢) انظر : تبويب الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٨٤ .

(٣) انظر مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٠٣ .

فيه ... بخلاف (الضمان) ، ذلك لأنه نوع من الإحسان ، لأنه فى الغالب يتضمن إسقاط الحق عن المعسر الذى يثقل الدين كاهله ... وحتى إذا كان الإبراء لمن لا يعسر عليه الوفاء ، فإنه مما يزيد المودة بين الدائن ، والمدين ، فلا يخلو عن معنى البر والصلة .

ويشير إلى هذا قوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم ، إن كنتم تعلمون(١) .

٢ — وقد يكون واجبا ... وذلك إذا سبقه استيفاء الحق ، لأن فيه اعترافا بالبراءة لمستحقها ... فهو من باب العدل المأمور به فى قوله تعالى :
« إن الله يأمر بالعدل »(٢) .

ومن أمثلته فى (باب السلم) : إذا حضر المسلم إليه مال السلم الحال ـ لغرض البراءة ـ أجبر المسلم على القبول ... أو الإبراء .

٣ — وقد يكون حراما ... كما لو جاء ضمن عقد باطل ، لأن استيفاء الباطل حرام ... وهذا إذا كان الإبراء خاصا بذلك العقد، وبنى عليه الإبراء ... عملا بالقاعدة المشهورة : إذا بطل الشيء بطل ما فى ضمنه(٣) .

٤ — وتعرض له الكراهة ... فيما إذا أبرأ وارثه ، أو غيره عن أكثر من ثلث ماله — وهو فى مرض الموت — حيث أجازه الورثة ... وأساس الكراهة هنا — أن هذا الإبراء فيه تضييع لورثته ، ولقوله — صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص — حين هم بالتصدق بجميع ماله — « إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس »(٤) ... أما الثلث فقد أقره عليه .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠ .
(٢) سورة النساء آية ٥٨ .
(٣) انظر الفتاوى الكبرى لابن حجر ج ٣ ص ٥٧ .
(٤) هذا جزء من حديث أخرجه الشيخان : انظر اللؤلؤ والمرجان ص ٣٩٩ .

(أركان الإبراء)

(أ) ركن الإبراء - عند الحنفية - (الصيغة) فقط : أى الإيجاب والقبول من صاحب الحق . . وهو ما يصدر منه من عبارة تدل على ترك حقه ، دلالة واضحة ، لا احتمال منها ... أو ما يقوم مقام ذلك من كتابة . . أو إشارة .

(ب) أما غير الحنفية . . فيرون أن أركانه . . (بحسب الإطلاق الواسع للركن ، ليشمل كل ما هو من مقومات الشيء ، سواء أكان من ماهيـــة الشيء ، أم خارجاً عنها — كالأطراف ، والمحل) يرون أن هذه الأركان أربعة :

أولا : المبرىء (صاحب الحق) ويشترط فيه ما يأتى :

(أ) أن يكون من أهل التبرع . . فيجب أن يكون عاقلا . . بالغا . . غير محجور عليه لسفه ، أو لدين ، لأن الإبراء تبرع من الدائن ، إذ لا يقابله عوض من المدين .

(ب) وأن يكون ذا ولاية فى إبرائه ... كأن يكون هو الدائن ... أو وصياً على الدائن — وقد وجب الدين المبرأ منه نتيجة لعقد باشره عنه ، فعند ذلك تصح براءته ، ويضمن ما أبرأ المدين منه ... ولـكن إذا كان الدين لم يجب — لأنه نتيجة لعقد لم يباشره هو أو أراد الإبراء قبل حلول موعد الدين - لم يصح إبراؤه .

ثانيا : . . المبرأ (المدين ، ويشترط فيه ما يأتى :

(أ) أن يكون معلوماً ، غير مجهول ... فإذا كان مجهولا لم يصح إبراؤه ... كما لو قال شخص : أبرأت كل مدين لى . . أو كل مدين لموزنى ... أو أبرأت أحد هذين ... ولـكن إذا كان من أبراه الدائن محصوراً معلوما : كأبرأت هؤلاء من المدينين لى . صح الإبراء

وقد ذهب إلى إشتراط هذا الشرط ـ في المبرأ ـ : الحنفية (١) ، والشافعية (٢) والحنابلة (٣) ، والمالكية (٤) .

(ب) ويشترط الزيدية (٥) ـ مع ما تقدم ـ خلو الإبراء من تدليس المبرأ ، كما إذا أفهم شخص دائنه بأن ما عليه من الدين حقير تافه ... فأبرأه منه ـ بناء على هذا ـ ثم تبين خلاف ذلك للدائن . لم يصح إبراؤه ، لغلبة معنى التمليك فيه .

ثالثاً : ـ الصيغة . . ويشترط فيها أن تكون دالة دلالة ظاهرة ـ غير محتملة ـ على تمليك الحق للدين . . أو على سقوطه .

رابعاً : ـ المبرأ منه (وهو محل الإبراء كالدين ، أو العين ، أو الحق) . .

(ا) ألا يكون عيناً من الأعيان . . . والأعيان الشخصية لا تثبت في الذمة ، فلا تقبل الإسقاط . . وإنما يقبل الإسقاط ما يشغل الذمم من الحقوق ؛ ولهذا كان الإبراء من الأعيان المشخصة . . باطلا . .

أما ما كان من الأعيان ديناً ، فإنه يقبل الإبراء ، إذ أنه يقبل الإسقاط ، كالديات ـ من الإبل مثلا ـ ونحو ذلك .

وعلى هذا إذا غصب شخص كتاباً ، فأبرأه منه مالك هذا الكتاب كان الإبراء باطلا ، ولا يترتب عليه أثر . . . ولهذا صح الإبراء من الديون بأنواعها . . . كما صح الإبراء عن (الدعوى) . لأنها حق . . وإذا قال المدعى عليه للمدعي : أبرأتك من ادعاء هذه العين ، أو من دعوى هذه العين . . لم تقبل له فيها دعوى ملك بعد ذلك (٦) .

---

(١) انظر جامع الفصولين جـ ١ ص ١٣٥ .

(٢) انظر : الاشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٧ .

(٣) انظر كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٧٨ .

(٤) انظر الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٩٩ .

(٥) انظر شرح الأزهار جـ ٤ ص ٢٩٨ .

(٦) انظر مجمع الأنهر جـ ٥ ص ٧٦ .

وكذلك يصح إبراء الدائن للكفيل من (الكفالة) . . . وإبراء المحال عليه من (الحوالة) ، إذ البراءة فيهما تنصب على حق . . . هو الكفالة .. أو الحوالة .

(ب) الشرط الثانى (للمبرأ منه ، وهو الحق موضوع الإبراء) أن يكون موجوداً عند الإبراء . . . وعلى ذلك بطل الإبراء من الحق قبل وجوده . . . فلا يصح أن تبرىء شخصا من كل ماسيقترضه منك . . أو مما سيجب لك عليه . . كما لا يصح إبراء الزوجة لزوجها من نفقة مستقبلة . . . ولا من نفقة العدة قبل أن يطلقها ، لأن الإبراء إسقاط . . وما سيوجد ساقط الآن فعلا ، فلا يقبل إسقاطا ...

(ج) ولا يشترط فى الحق المبرأ منه أن يكون معلوماً ــ ذهب إلى ذلك

١ ــ الحنفية ، والحنابلة ، والمؤيد من الزيدية ، فجوزوا الإبراء من الحق المجهول . . سواء أ كان مجهولا لدى المبرىء . أم لدى المبرأ . .

٢ ــ وخالف فى ذلك الشافعية ، والناصر من الزيدية ، فاشترطوا علم المبرىء بما أبرأ منه . . . واستثنوا من هذا الحكم أن يكون الدائن جاهلا مقدار دينه ــ ولكنه ذكر له (عقد الإبراء منه) نهاية يتحقق أن دينه دونها فى المقدار . . . كما إذا قال له : أبرأتك من دينى البالغ ألف جنيه ــ وهو متحقق من أن دينه دون الألف [1] .

٣ ــ وذهب الحنابلة إلى أن البراءة من الدين لا تصح إذا كان المبرىء لا يعلم بوجود الدين ــ فى حين أن المدين يعلمه ، ولكنه كتمه عنه ، خوفا من أنه إذا علمه ــ طالبه به ، ولم يبرئه منه ، لأن هذا يعد هضما للحق ، وظلما الدائن ... ولا يعد الإبراء فى هذه الحالة صادرا من صاحبه عن إرادة معتبرة ... وإنما صدر منه على وجه الهزل أو اللعب !!

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٧١ .

ويرى الحنابلة صحة الإبراء من المجهول – ولو لم يتعذر العلم به . . كما يرون صحة الإبراء ممن يعتقد أنه لا دين له فى ذمة من أبرأه ، ثم تبين أنه – أى المبرأ – كان مدينا للمبرىء عند إقدامه على إبرائه (١)

(٤) وذهب الزيدية إلى عدم صحة الإبراء مع التدليس(٢) . . . كأن يبرىء الدائن مدينه – بناء على تفهيم المدين إياه ، بأنه فقير ، أو أن الدين حقير ، ثم تبين خلاف ذلك .

واختلف الزيدية فى صحة الإبراء من المجهول . . . فمنهم من ذهب إلى صحته . . . ومنهم من ذهب إلى عدم صحته(٣) .

(هل يتوقف الإبراء من الدين على قبول المدين ؟)

(١) الدين حق خالص لصاحبه . . : وإقدام صاحبه على إسقاطه تصرف سليم منه فى خالص حقه . دون أن يمس ذلك حقا لغيره . . . ودون أن يستوجب تكليفا على أحد . . . ومن ثم لم يتوقف نفاذه على قبول من عليه الدين . . . بل ينفذ مع رد المدين له . .

ذهب إلى ذلك الحنابلة . . . وجمهور الحنفية . . والشافعية . . وجمهور الشيعة الجعفرية . تغليبا لمعنى (الإسقاط) فيه على معنى (التمليك)(٤)

(٢) وذهب الإمام زفر – وهو من الحنفية (٥) – إلى أنه يتوقف الإبراء

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٨ .

(٢) انظر : الأزهار ج ٤ ص ٢٧٨ ، ٣٠١ .

(٣) مطالب أولى النهى ص ٣٩٢ .

(٤) انظر : المهذب للشيرازى ج ١ ص ٤٥٤ ، وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٨ .

(٥) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ .

على قبول المدين ، لغلبة (معنى التمليك) فيــه ... وهو قول لبعض الشيعة الجعفرية [١] .

(٣) وللمالـكية .. والزيدية فى ذلك قولان :—

ا — أنه يتوقف الإبراء على قبول المدين ، مراعاة لجانب التمليك فيه وهو الأرجح .

ب — أنه لايتوقف ، ويتم من غير قبول المدين .. بل يتم أيضا مع رده (ورفضه) مراعاة (لمعنى الإسقاط) كالطلاق .

وعلى القول باشتراط القبول فيه — عندالمالـكية — يجوز أن يتراخى(القبول) عن مجلس (الإيجاب) ... وهو صريح ماذكره ابن‌عرفة ... كما يجوزرجوع الدائن فيه قبل القبول [٢] .

وإذا كان الإبراء من الدين قد تم بهبته للمدين ... كان توقفه على قبول المدين محل خلاف ..

أ — ففى مذهب الشافعية .. والحنابلة .. وبعض الحنفية [٣] أن هبه‌الدين من الدائن للدين لاتتوقف على قبول المدين ، فتنفذ مع سكوت المدين فى مجلس الإيجاب ، لما فيها من معنى الإسقاط .

ب — وذهب آخرون إلى أنها تتوقف ، لما فيها من معنى (التمليك) وذلك رأى المالـكية — لأنها نص فى التمليك .

---

(١) مطالب أولى النهى ص ١٩٢ .

(٢) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٩٩ ، والفروق للقرافى جـ ص ١٠١ ، ١١١ وشرح الأزهار ٢٥٨ .

(٣) انظر تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٧ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٠ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٧٨ ، البدائع والصنائع جـ ٦ ص ٤٦ .

وكذلك يرى الحنفية أن الإبراء من (الكفالة .. أو الحوالة) لا يتوقف على القبول ، ولا يرتد بالرد ، لتمحضة فى (معنى الإسقاط) .

واستثنى الحنفية من عدم توقف الإبراء على القبول من المبرأ له الإبراء من بدلى الصرف ، والسلم ، إذ يرون توقفه على القبول ـ دون خلاف ـ ، حتى لاينفرد أحد العاقدين فيهما .. وهو من أبرأ .. بفسخ عقد الصرف ، أو السلم : وكلاهما عقد لازم لايجوز أن يستبد بفسخه أحد طرفيه ، إذ أن فى نفاذ الإبراء فوات (القبض فى المجلس) وهو شرط فى صحة كل منهما .

والمشهور ـ عند الحنفية ـ أن (هبة الدين) للمدين وإبراءه منه ... كلاهما يتم من غير قبول ... ويرتد بالرد .. فهما فى ذلك سواء .

وإذا ارتد بالرد لم يجز قبول بعد الرد ـ لبطلان الإيجاب بالرد[1].

---

(١) انظر / حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٧٤ .

المبحث الخامس

« هل السكوت يعتبر اقرارا »

مقدمة ... فى تعريفه ... ومشروعيته : —

الإقرار — لغة — هو الاعتراف : يقال : أقر بالحق إذا اعترف به ، وقرره غير بالحق حتى أقر به (١) :

وشرعا - إخبار (شخص) عن ثبوت حق للغير على نفسه (٢) .

والإقرار حجة ثابتة بالكتاب .. والسنة .. والإجماع .. والمعقول ..

١ — أما الكتاب .. فقوله تعالى : « وإذ أخذ الله ميثاق النبيين : لما آتيتكم من كتاب وحكمة ، ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ، ولتنصرنه ، قال أأقررتم ، وأخذتم على ذلكم إصرى ؟ قالوا أقررنا ، قال فاشهدوا ، وأنا معكم من الشاهدين » (٣) ... وقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم » (٤) ، إذ الشهادة على للنفس إقرار عليها بالحق .

٢ وأما السنة ... فقد أقام النبى صلى الله عليه وسلم الحد على (ماعز والغامدية) بناء على إقرارهما واعترافهما بالزنا !! (٥) .

وأما الإجماع ... فقد أجمعت الأمة من لدن حياته صلى الله عليه وسلم

---

(١) انظر مختار الصحاح . مادة : قرر .

(٢) انظر : كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٦٧ .

(٣) انظر : سورة آل عمران — آية ٨١ .

(٤) انظر : سورة النساء آية ١٣٥ .

(٥) انظر تلخيص الحبير جـ ٤ ص ٥٧ .

إلى الآن ... على أن « الإقرار » حجة على المقر يؤاخذ به ، ويعامل بمقتضاه .

٤ - وأما الفعل ... فهو « انتفاء التهمة » ، فإن العاقل لا يقر على نفسه كذبا ! !(١) .

والفقهاء متفقون على أن « الإقرار أقوى الأدلة الشرعية ، لانتفاء التهمة فيه - غالبا - .

ولا ينافى ذلك أنه حجة قاصرة على المقر وحده ... فى حين أن « الشهادة » حجة متعدية ، لأن (القوة ، والضعف) وراء التعدية ، والاقتصار .

فاتصاف (الإقرار) بالاقتصار على نفس المقر ... واتصاف (الشهادة) بالتعدية إلى الغير ... لا ينافى إتصافه بالقوة ، واتصافها بالضعف بالنسبة له - بناء على انتفاء التهمة فيه - دونها(٢) .

وجاء فى كتاب تبصره الحكام (٣) : (أن الاقرار أبلغ من الشهادة قال أشهب: قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره) .

وجاء فى شرح المنهج(٤) : (الاقرار أولى بالقبول من الشهادة) .

وجاء فى المغنى(٥) : (إن المدعى عليه إذا اعترف بالحق لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكره) .

والإقرار قد يكون باللفظ .. أو مايقوم مقامه كالإشارة ، والكتابة ، والسكوت - بقرينة - .

ويصح الإقرار بالنسب - نسب مولود - عند الفقهاء - بشروط : -

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٧١ .

(٢) انظر تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٢٩٩ .

(٣) انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٣٩ .

(٤) انظر : شرح المنهج وحاشية الجمل جـ ٣ ص ٤٢٨ .

(٥) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٧١ .

(ا) فيرى الشافعية[1] ... انه يشترط لصحة الإقرار بالنسب الشروط الآتية : —

١ — ألا يكذبه الحس ... فإن كذبه .. بأن كان المقر فى سن لا يتصور معها أن يولد لمثله مثل هذا الولد ... أو كان قد قطع ذكره ، وخصيتاه من زمن متقدم على زمن العلوق به — حمله — لم يثبت نسبة، لأن الحس يكذبه، وكان استلحاقه لغوا — وإن صدقه المستلحق !!

٢ — أن لا يكذبه الشرع ... فإن كذبه .. بأن يكون معروف النسب من غيره ... أو ولد على فراش نكاح صحيح ... لم يصح استلحاقه — وإن صدقه المستلحق ، لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره ، فالشرع مكذب له .

٣ — ألا يكذبه الحال ... فإن جاءت امرأة من بلدة بعيدة ، ومعها طفل ، فاستلحقه رجل لم يسافر قط إلى بلدها .. ولم تسافر هى إلى بلده ... لم يلحقه النسب .

٤ — أن يصدقه المستلحق — إن كان أهلا للتصديق — ، لأن له حقا فى نسبه، وهو أعرف به من غيره ... فإن كان بالغا ، عاقلا ، فكذبه ، أو سكت أو قال: لا أعلم ... لم يثبت نسبه منه إلا ببينة ، أو يمين مردودة ...

وإن مات المستلحق — قبل التمكن من التصديق — صح الإقرار ، وثبت نسبه.

٥ — ألا يزاحمه غيره ... فإن ادعى آخر نسبه أيضا — لم يلحقه به إلا بتصديقه ، وتكذيب الآخر — إن كان بالغا ... أو ببينة — مع عجز الآخر عنها — أو إلحاق القائف به وحده .. إن كان صغيرا . (والقائف هو الذى يتتبع الآثر والنسب) .

٦ — أن يكون المستلحق ذكرا .. بالغا .. عاقلا .. مختارا .. غير ممسوح (أى غير مجبوب — أى مقطوع الذكر —) فلا يصح استلحاق المرأة ، والصبي ، والمجنون

---

(١) انظر : اسنى المطالب جـ ٢ ص ٣١٩ .

(ب) أما الحنابلة فيقولون[1] : إن أقر بولد اعتبر فى ثبوت نسبه أربعة شروط . هى : ـ

١ — أن يكون المقر به (المستلحق) مجهول النسب . فإن كان معروف النسب لم يصح استلحاقه ـ بالإقرار ـ ، لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره .

٢ — ألا ينازعه فيه منازع ، لأنه إذا نازعه فيه غيره .. تعارضا ، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

٣ — أن يمكن صدقه ... بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله .. فلو قدمت امرأة من بلاد الروم ـ مثلا ـ معها طفل ، فأقر به رجل .. لحقه ، لوجود الإمكان ، وعدم المنازع ، لأنه يحتمل أن يكون قد دخل أرض الروم ، أو دخلت هى دار الإسلام ، ووطئها ... والنسب يحتاط لإثباته ..

ولهذا لو ولدت امرأة رجل ـ وهو غائب عنها ـ بعد عشرين سنة من غيبته .. لحقه ، وإن لم يعرف له قدوم إليها ، ولا عرف لها خروج من بلدها .

٤ — أن يكون المقر به ـ المستلحق ـ ممن لاقول له ـ يعتـد به كالصغير والمجنون ... فإن كان كبيرا ، عاقلا .. لم يثبت نسبه من المقر ، حتى يصدقه ـ المستلحق ـ بإقرار ، أو سكوت ، لأن له قولا صحيحا ، فاعتبر تصديقه كما لو أقر له بمال عليه .

وإذا اعترف إنسان بأن هذا أبوه ... فهو كاعترافه بأن ابنه .. ويكفى ـ فى تصديق والد بنسب ولده .. وعكسه ـ يكفى سكوته عند الإقرار به ، لأنه يغلب فى ذلك ـ ظن التصديق ... ولا يعتبر ـ فى تصديق أحدهما ـ تكرار التصديق .

---

(١) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٣٢٧ .

(ج) أما الزيدية ... فيشترطون لصحة الإقرار بثبوت النسب خمسة شروط هى[1] : —

١ — أن يصدر الإقرار من مكلف .. مختار .

٢ — أن يكون المقر جادا بحيث لم يعلم هزله ، ولاسبق لسانه .

٣ — أن يكون المقر صادقا بحكم العقل .. أو الشرع .. فإن أقر بولد يقاربه فى السن ، أو معروف النسب .. لم يصح إقراره .

٤ — أن يصدقه المقر به .... ويختص الإقرار بالنسب بأن التصديق به يخالف التصديق بالمال ... كسكوت المقربة ، فإن يكون تصديقا ، حيث علم به ، وبالإقرار ... وعلم أن له الإنكار ... فلو أقر بصغير كان الصغير فى حكم المصدق ، لأنه فى حال الصغر لايصح منه الإنكار ... فان بلغ ولم يصدق فان له إبطال الإقرار — ولو حكم به الحاكم — ، لأن الحكم مشروط بالتصديق .

٥ — ألا توجد واسطة بين المقر ، والمقر به . . . فلا يصح الإقرار إلا بولد أو والد ... ولا يصح إلا قرار من السبى — بعضهم من بعض — وكذا لايصح الإقرار من (العتيق) ، لأنه يؤدى إلى إبطال حق الولاء الثابت للمعتق !! .

ولكن ... ما الحكم لو حدث إنكار من المقر بعد إقراره ؟ .

١ — يقول الحنفية[2] : — متى ثبت النسب باقرار المقر .. لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك ، لأن النفى يكون إنكارا — بعد الإقرار بحق الولد ، إذ النسب حقه ، فلا يملك المقر الرجوع عن إقراره ...

---

(١) انظر التاج المذهب ج ٤ ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٥٥ .

والسكوت عند التهنئة بولد يعتبر اعترافا منه بنسبه ، فلا يملك نفيه بعد ذلك.

(٢) أما المالكية فيقولون (١) : - إن استلحق رجل ولدا ، ولحق به شرعاً. ثم أنكره بعد ذلك : بأن قال ليس بولدى ... فانه لا يسقط نسبه بانكاره — بعد استلحاقه .

(٣) والشافعية يقولون (٢) : - إن استلحق شخصاً بالغا ، عاقلا وصدقه (المستلحق) ثم رجعا عنه (أى عن الاستلحاق) لم يسقط النسب ، لأن النسب لا يرتفع بالاتفاق ... كالثابت بالفراش .

وقال ابن أبى هريرة : يسقط .

وإن قال : هذا ولدى .. ثم زاد فقال : من زنا ، لينفيه عن نفسه ... لم يقبل قوله : (من زنا) — وإن اتصل باقراره ! ! وقيل إن وصل اللفظ — عند الإقرار — لا يثبت النسب ! !

(٤) أما الرأى عند الحنابلة (٣)... فهو أن المقر لا يقبل إنكاره ، لأنه نسب ثبت بحجة شرعية .. فلا يزول بانكاره .. كما لو ثبت ببينة ، أو بالفراش .. وسواء أ كان المقر به غير مكلف .. أم كان مكلفا ، فصدق المقر .

ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه ، لأنه ثبت باتفاقهما ... فزال برجوعهما - كالمال .

والأول أصح ، لأن النسب يحتاط لإثباته ... بخلاف المال .

وإذا هنئ فسكت .. كان إقراراً ... ذكره أبوبكر الخلال ، لأن السكوت يصلح دلالة على الرضا فى حق البكر ... فهنا أولى .

---

(١) انظر : منح الجليل جـ ٣ ص ٤٤٩ .
(٢) انظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص ٣٢٠ .
(٣) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٣٣٤ ، وجـ ٩ ص ٥٥ .

(ه) وعند الزيدية (١) ... لا يصح من الرجل نفى الولد بعد الإقرار به سواء كان له نفيه ... أم لا ، فيثبت نسبه بعد الإقرار ، وإن نفاه — بعد — لم ينتف .

وكذا لايصح من الرجل نفى الولد ـ بعد السكوت ، حين العلم به ـ سواء سكت سكوت مستبشر ... أم سكوت منكر !! ـ وخرج من المجلس . .

ويصح الرجوع — عندهم — عن الإقرار بمصادقة المقر له .

تنبيه : — وننبه هنا إلى أنه : لو أن شخصا استلحق وارثا غير ولد كأخ . .

أ — إن كان للمقر وارث آخر حائز لجميع التركة يوم الموت ، لايوم الإقرار لايرث هذا الأخ المستلحق ، لأن المقر ـ حينئذ ـ يتهم باخراج الإرث لغير من يستحق الإرث .

ب — وإن لم يكن للمقر وارث أصلا ... أو كان له وارث غير حائز لجميع التركه ـ كأخ لأم ـ فخلاف بالإرث . . . وعدمه ـ عند هذا الاستلحاق .

والراجح الإرث ، أى إرث المقر به من المقر جميع التركة فى حالة عدم وجود وارث أصلا . . وباقى التركة فى حالة وجود أخ لأم ، بناء على أن بيت المال ليس كالوارث المعروف .

ويجرى هذا التفصيل فى إرث المقر من المقر به ، إذا صدقه ، لأن كلا منهما ـ حينئذ ـ مقر بصاحبه . . . فلو كذبه فلا إرث . . . وإن سكت : فهل السكوت هنا ـ كالتصديق ؟ أو يرث المستلحق فقط ؟ خلاف بين الفقهاء .

ومحل هذا الخلاف إذا لم يطل زمن إقرار المقر بالأخوة . فاى طال . .

---

(١) انظر : التاج المذهب جـ ٢ ص ٢٦٥ ، جـ ٤ ص ٦٤ .

فانه يرثه — قولا واحداً — لأن قرينة الحال دلت على صدقه فى ذلك .

فعلى على : إذا أقر بأخ جديد — وكان له أخ آخر ، وطال زمن الإقرار . . . شارك الأخ المقر به (الجديد) الأخ الآخر الثابت النسب (١) .

ومن كل ماسبق نستطيع أن نقول : إن السكوت إذا صاحبه قرائن قوية يعتبر (إقراراً) لإثبات النسب ، وقد نص على ذلك الفقهاء (٢) .

---

(١) انظر — فى هذه المسألة — حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٤١٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٢٩ .

(٢) انظر المراجع السابقة .

المبحث السادس

(السكوت ... والإسقاط)

أما السكوت .. فقد سبق ... ولكى نعرف أثر السكوت على الإسقاط لابد من تصور الإسقاط ، والوقوف على حقيقته ...

تعريف الإسقاط : — عند اللغويين :- يقال : سقط الشيء من يده : وقع على الأرض... وأسقطه : أوقعه .. وأسقطت الناقة وغيرها ألقت ولدها .. وأسقط الفارس اسمه من الديوان : رفعه وأزاله [1] .

أما تعريفه — عند الفقهاء — فهو إزالة الملك ، أو الحق ، لا إلى مالك ، أو مستحق ، كالطلاق — فهو إزالة لملك النكاح .. وكالعفو عن القصاص فهو إزالة حق القصاص .

الفرق بين الإسقاط .. والتمليك .. والترك ... والنفى :

لكى يتحقق معنى الإسقاط المتقدم لابد من قيام الملك ، والحق الذى يرد عليه بالفعل - قبل وروده بالاسقاط... ولا يكفى قيام السبب ، كالزوجية — بالنسبة للنفقة ، فهى لا تبرر إسقاط نفقة مستقبلة ، لم تتقرر ، ولم يثبت الحق فيها بالفعل .

وهذا محل اتفاق بين العلماء ... ضرورة أن يتعلق (بمسقط) ومن هنا قالوا : إن الحقوق التى لم تجب بالفعل ، وبالملك الذى لم يتقرر بعد - لا تقبل الإسقاط .

---

(١) انظر مختار الصحاح مادة (سقط) — تاج العروس ... ؟

ويسمى ترك الحقوق التى لم تجب بعد ... (امتناعا) لا إسقاطا . . وهو غير لازم ، إذ هو مجرد وعد ... ومن ثم يجوز الرجوع عنه ، والعود إلى المطالبة بالحق المتروك . . كترك الزوجة حقها فى القسم - فى المستقبل - لزوجة أخرى ، يجوز لها أن ترجع فيه . وتعود إلى المطالبة بالحق الذى تركته .

وإذا هى رجعت ، وطالبت بعودة حقها فى المستقبل ... فقد جاز لها ذلك .

وإزالة الملك إلى شخص آخر ليست إسقاطا ، وإنما هى تمليك ... كما فى البيع ، والهبة ، والإجارة ، والوصية ، وسائر التصرفات الناقلة للملكية ، فإنها - وإن اقتضت إزالة ملك المتصرف عما تصرف فيه - إلا أنها تقتضى - مع ذلك - إدخاله فى ملك شخص آخر .

وقد يجتمع (الإسقاط) و (التمليك) ... كما فى الإبراء من الدين ، وهبة الدين لمن عليه الدين ، أو التصدق به عليه .

والجمهور - من الفقهاء - على أن هذا التصرف يحتمل معنيين :

(أ) معنى الإسقاط - بالنسبة إلى الدائن - إذ قد تخلى عن الدين الذى كان له ، وسقط حقه فى المطالبة به ، ولم يبق معتبراً من عناصر ثرائه .

(ب) ومعنى التمليك - بالنسبة إلى المدين - إذ قد دخل الدين فى ملكه ، وزاد ثراؤه بمقدار قيمته ، فقد كان واجبا عليه - الوفاء به ، واقتطاع قدره من ملكه ، وإعطائه للدائن ، وبتصرف الدائن - معه - استبقى لنفسه ذلك . . وهذا هو معنى تملكه الدين الموهوب .

وهذا التصرف . . فيه تمليك من وجه ... وإسقاط من وجه . . باتفاق هؤلاء الفقهاء ... ولكنهم اختلفوا فى تغليب أحد الجانبين ...

(أ) فذهب بعض الفقهاء إلى تغليب جانب الإسقاط ، ورتب عليه أحكام الإسقاط .

(ب) ولكن الحنابلة يرون أن هذا التصرف يعتبر إسقاطا — فحسب — ورتبوا عليه أحكامه .

وقد يصاحب التمليك الإسقاط — كما فى الطلاق على مال ، فهو يسقط حق المطلق فى ملك النكاح ، ويثبت حقه وملكه فى العوض المالى .

وقد اتفق الفقهاء على أن مثل هذا التصرف إسقاط . . ورتبوا عليه أحكام الإسقاط ، ولم ينظروا فيه إلى جانب التمليك(١) ، فقد قالوا : إنها إذا بلغت وسكتت ... سقط حقها فى الخيار . . بخلاف الثيب ، والغلام ، فإن سكوتهما لا يعتبر رضا ، ولا يسقط حقهما فى الخيار .
ولابد من صريح الرضا، إذا السكوت لايعتبر رضا ، ولا يسقط به الحق دائما بل فى بعض الموانع .

وكذلك فى الشفعة ... إذا علم الشفيع بالبيع ، وسكت ... سقط حقه فى الشفعة .

وكذلك لو رأت الزوجة زوجها يبيع عينا من الأعيان ، وسكتت ، أو رأى القريب قريبه يبيع العين . . وسكت . . فإن سكوت الزوجة والقريب ، وعدم اعتراضهما على التصرف يسقط حقهما فى ادعاء ملكية هذه العين ، ولا نسمع منهما الدعوى بملكيتها بعد ذلك .

أما الأجنبي — ولو جاراً — فلا يعتبر سكوته رضا يسقط حقه فى دعوى الملك ... إلا إذا سكت عند البيع والتسليم ، وتصرف المشترى فى العين .

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٧٨ — حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٩٩ كشاف القناع على متن الاقناع جـ ٢ ص ٤٧٧ — شرح الأزهار جـ ٤ ص ٢٥٨ قرة عيون الأخيار لتكملة رد المختار على الدر المختار للعلامة بن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٧ .

(الإسقاط •• وعقد الصلح •• وأثر السكوت على ذلك)

قد يجيء (الاسقاط) ضمن عقد الصلح ، وإن لم ينص فيه صراحة على الإسقاط ، أو الإبراء .

ففى الهداية : (وكل شيء وقع عليه الصلح — وهو مستحق بعقد المداينة — لم يحمل على المعاوضة ... وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه ، وأسقط باقيه .. كمن له على آخر ألف درهم — مثلا — فصالحه على خمسمائة ... وكمن له على آخر ألف جياد (سليمة جيدة) فصالحه على خمسمائة زيوف .. جاز) .

وكأنه أبرأه عن بعض حقه ، وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ... ولا وجه لتصحيحه معاوضة ، لإفضائه إلى الربا .. فجعل إسقاطا للبعض — فى المسألة الأولى — ، وللبعض والصفة — فى المسألة الثانية .

وإن كان له عليه ألف بيض ، فصالحه على خمسمائة سود .. جاز ، ويكون إسقاطا لبعض حقه فى قدر الدين ، ووصفه .

ولو كان عليه ألف درهم ، ومائة دينار .. فصالحه على مائة درهم ، حالة — أو إلى شهر ... صح الصلح ، ويكون إسقاطا للدنانير كلها ، وللدراهم إلا مائة .. وتأجيلا للباقى ... فلا تجعل معاوضته ، تصحيحا للعقد ، أو لأن معنى الإسقاط فيه .. ألزم .

وفى (الخانية) : (والصلح ينبيء عن الاسقاط .. ولو صالح من الجياد (الجيدة) على المبهرجة (الزائفة الباطلة) .. جاز ، ولا يكون — حينئذ صرفا بل يكون إسقاطا لصفة الجودة .

ومن عليه الدين المؤجل — إذا صالح صاحب دينه على أن يجعله حالا — إن لم يكن بعوض جاز ، لأن المؤجل حقه .. فيملك إسقاطه .

والصلح على ثلاثة أضرب :

١ — صلح مع إقرار المدعى عليه بالحق للمدعى به .
٢ — وصلح على سكوت .. وهو ألا يقر المدعى عليه بالحق ، ولا ينكره .
٣ — وصلح مع إنكار المدعى عليه لهذا الحق .
وكل ذلك جائز . .

والإسقاط — المعتبر فى ضمن الصلح - ليس معناه سقوط نفس الحق ، بالنسبة للصلح - مع الإنكار ... وإنما معناه سقوط حق المطالبة ، والادعاء به .

أما نفس الحق فيبقى ثابتا على من هو عليه ... ويجب عليه أن يؤديه لصاحبه ، رغم الصلح فيما بينه وبين الله ... وهذا مما يعبر عنه بالسقوط قضاء لا ديانة .

وهذا ما لم ينص فى الصلح على الإبراء من الباق ... فان نص فيه على الإبراء سقط الحق قضاء وديانة .

وإذا بطل عقد الصلح بطل ما تضمنه من إسقاط ... أو إبراء ، ولو كان منصوصا عليه صراحة .

ولكن ... هل يعتبر القبول فى الإسقاط ؟

ونجيب على ذلك فنقول :

إن الحق .. والملك الذى يرد عليه الإسقاط حق خالص لصاحبه ... وإقدام صاحبه على إسقاطه تصرف منه فى خالص حقه ، دون أن يمس ذلك حقا لغيره ، ودون أن يترتب عليه أثر يتعلق بالغير ، أو يستوجب تكليفا عليه .

ومن ثم كان الأصل فى الإسقاط أن يتم بارادة المسقط وحده ، وينفذ

بصدور ما يحقق معناه منه : من قول .. أو فعل .. أو سكوت — كما سبق — ولا يتوقف على قبول المسقط عنه ، ولا يرتد برده — كالطلاق يتم بارادة المطلق ، وكتسليم الشفعة .. يتم بارادة الشفيع دون توقف على قبول،أو إرادة الطرف الآخر .

وهذا هو الحكم فى الإسقاط المحض ، الذى ليس فيه تمليك — ولو من وجه — ولا يقابله عوض .

وجاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم(١) : (أن الإبراء لا يتوقف على القبول ، إلا الإبراء من بدل الصرف ، والسلم) .

وفى الحموى : أن الإبراء لا يحتاج إلى القبول ، وأنه إذا سكت المبرأ جاز ، وقد نص فقهاء الحنفية على أن الطلاق على مال يتوقف على القبول ، فان لم يحصل قبول ، لا يتم .. ولا يقع طلاق ... وإن حصل قبول صح ،ووقع الطلاق..

وعللوا ذلك بأنه يكون — حينئذ — معاوضة ، فيتوقف ثبوت الحكم على قبول دفع العوض من الطرف الآخر ، إذ المعاوضة لا تتم إلا برضا الطرفين... وكذلك قالوا فى الصلح عن دم العمد نظير بدل .

ولا يكاد يخالف أحد من الفقهاء فى أن الإسقاطات المحضة ، التى ليس فيها معنى التمليك ، والتى لم تقابل بعوض ... تكون بارادة المسقط وحده ، ولا تتوقف على قبول المسقط عنه .. مع استثناء بدل الصرف ، والسلم — عند الحنفية — لما فيه من معنى الفسخ .

وإنما الخلاف فى الإسقاطات التى فيها معنى التمليك كالإبراء من الدين ، ومناط هذا الخلاف : هو اعتبار أى المعنيين — من التمليك ، والإسقاط — هو الغالب فى هذا التصرف ؟

والذى يفهم من المذهب الحنفى .. أن الإبراء من الدين يعتبر من الاسقاطات ولا يتوقف على قبول المبرأ .

---

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص .

وقد خالف فى ذلك الإمام زفر : فذهب إلى أن الإبراء من الدين يتوقف على القبول ، نظراً لجانب التمليك فيه ... وهو قول لبعض الشيعة الجعفرية .

وذهب الشافعية والحنابلة ، وجمهور الشيعة الجعفرية(١) .. إلى أن الإبراء من الدين يتم بإرادة المبرىء ، ولا يتوقف على قبول المبرأ منه ،(٢) نظراً لجانب الإسقاط فيه ، ولأنه تصرف يتعلق بخالص حق المبرىء ، ولا يتعلق به حق للغير .

وللمالكية(٣) ، والزيدية(٤) - فى ذلك - قولان :

١ - القول الأول : - أنه يتوقف على القبول ، مراعاة لجانب التمليك فيه - وهو الأرجح .

٢ - القول الثانى : أنه لا يتوقف على القبول ... بل يتم مع رد المبرأ ، مراعاة لمعنى الإسقاط فيه .. كالطلاق .

ويجوز أن يتراخى القبول عن مجلس الإيجاب .. عند من يقول باشتراط القبول - من المالكية(٥) .

كما يجوز للمبرىء الدائن أن يرجع عن الإبراء - قبل حصول القبول . وقد ذهب بعض الحنفية(٦) - عدا الإمام زفر - إلى أن الإبراء من الدين - إذا كان بهبة الدين للمدين ، أو التصدق عليه به .. فإنه لا يتم إلا بقبول المبرأ ؛ لأن معنى التمليك فيه أظهر .

---

(١) انظر : مطالب أولى النهى جـ ٤ ص ٣٩٢ .

(٢) انظر : تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) انظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٩٩ .

(٤) انظر : شرح الأزهار جـ ٤ ص ٢٥٨ .

(٥) انظر : حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٩٩ .

(٦) انظر : تكملة ابن عابدين على الدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٧ .

ولكن المشهور ـ عند الحنفية ـ أن الإبراء من الدين في جميع صوره ـ ومنها هبته للمدين ـ يتم بدون توقف على القبول ... وأنه ينفذ مع سكوت المدين في مجلس الإيجاب ؛ نظراً لجانب الإسقاط فيه ... وهذا هو مذهب الشافعية[1] والحنابلة[2].

وذهب آخرون إلى أن هبة الدين للمدين تتوقف على القبول ؛ لظهور معنى التمليك فيها .

بل إن المالكية يرون أنها نص في التمليك ، فتتوقف على القبول ، وترتد بالرد .

والإبراء من الحوالة ، ومن الكفالة .. يعتبر من الإسقاطات المحضة ، عند الحنفية . ومن ثم اتفقوا على أنه لايتوقف على القبول .

(ا) أما الحوالة .. فلأن المحال لم يملك الدين بالحوالة ، إذ لو ملكه لكان تمليك الدين حاصلا من غير الذي عليه الدين ... وهو لايجوز شرعا ، ملك المطالبة بالدين من المحتال عليه ...فإذا أبرأه يكون إبراء عما ملكه بالحوالة ـ وهو المطالبة بالدين ـ .. والإبراء من المطالبة إسقاط محض ، ومن ثم لم يتوقف على القبول .. قولا واحدا .

(ب) وأما الكفالة ... فإن الطالب إذا أبرأ الكفيل من المطالبة بالدين ، فلا يحق له أن يعود في مطالبته به مرة أخرى ... فهو إبراء مؤبد .. وبالتالي هو إسقاط محض ، فلم يتوقف على القبول .. قولا واحدا كذلك[3] .

---

(١) انظر : المهذب جـ ٢ ص ٤٥٤ .

(٢) انظر : كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٧٧ .

(٣) يراجع في هذا الموضوع : —

● تكملة ابن عابدين على الدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٧ .

● الأشباه والنظائر لابن نجيم ، شرح الحموي عليه . ص .

=

خاتمة فى .. المقارنة بين (الإبراء) .. (والإسقاط) : —

١ — الإبراء قد يكون من حق ثابت فى الذمة .. وقد يكون من حق قائم بنفسه ، وليس ثابتاً فى الذمة - كحق الدعوى ، والكفالة إذ يصح الإبراء منهما ، ولكنه لايكون - دائما - إلا من حق قائم .. ثابت للمبرئ قبل شخص آخر .

٢ — أما الإسقاط .. فإنه يتعلق بحق ثابت للمسقط ... سواء كان من قبل شخص آخر ، كحق الدين ، والدعوى ، والكفالة ، وما ماثلها .. أو لم يكن قبل شخص معين ، كحق الشفعة ، وحق السكنى لمن أوصى له بسكنى دار .. فان حق الشفعة مقرر للشفيع قبل من يشترى العقار ، الذى يطلب الشفعة فيه ... أيا كان هذا المشترى.

وحق السكنى يثبت للموصى له قبل من يملك العين الموصى بسكناها ... سواء ورثة الموصى له ، أو غيره .

فبين الإسقاط .. والإبراء .. عموم وخصوص من وجه : يجتمعان فى الإبراء من الدين براءة إسقاط ... وينفرد الإسقاط فى مثل حق الشفعة ، وحق السكنى الموصى بها - مما ليس ثابتاً قبل شخص معين .

وينفرد الإبراء فى حالة الإبراء من الدين براءة استيفاء ، كالزوجة تبرئ زوجها من مؤخر صداقها ، ونفقة عدتها نظير الطلاق(١) .

=

- وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩ .
- ونهاية المحتاج للرملى ج ٥ ص ٤١ .
- وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٧ .
- شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٥٨ .
- مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٣٩٢

(١) انظر : تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص ٤٨ وما بعدها .

المبحث السابع

(السكوت الذى يعتبر تدليساً !!)

اعتبر الشارع الحكيم عدم إفصاح البائع عن عيوب سلعته ، وكتمانه أوصافها أى سكوته عن أوصاف الشيء المبيع ... اعتبر هذا خداعا وغشا . وهو مايعبر عنه عند الفقهاء بـ (بالتدليس فى البيع) .

فما التدليس ؟ وما آثاره فى المعاملات ؟

التدليس – فى اللغة : كتمان عيب السلعة عن المشترى[1] .

وأما معناه – عند الفقهاء – فقد عرفه الحطاب – وهو فقيه مالكى : بقوله : (أن يفعل البائع فى المبيع – شيئاً يظن به المشترى كمالا – فلا يوجد) وقال أيضاً : (هو أن يفعل البائع فى المبيع فعلا يستر به عيبه ، فيظهر فى صورة السالم)[2] .

وعرفته مجلة الأحكام العدلية (م ١٦٤) فقالت : (هو توصيف المبيع للمشترى بغير صفته الحقيقية)[3] .

ويفهم من هذا .. أن التدليس يراد به استخدام وسائل خادعة من أحد العاقدين لحمل الطرف الآخر على التعاقد ... سواء أكانت هذه الوسائل أفعالا .. أم أقوالا .

أما أنواع التدليس فهى ثلاثة :

١ – تدليس عملى .. وصورته أن يستعمل أحد المتعاقدين حيلا عملية لخداع

---

(١) القاموس المحيط جـ ٢ ص ٢١٦ ، المصباح المنير ص ٦٨ .
(٢) انظر : الحطاب جـ ٤ ص ٤٣٧ .
(٣) انظر مجلة الأحكام العدلية ص ٢٠ .

المتعاقد الآخر ، وحمله على التعاقد ... كما إذا رقع التاجر ثوباً مخرقا ، وصبغه ، لكى يظهر أمام المشترى سليما جديداً !!

٢ ـ تدليس قولى .. وصورته أن يلجأ التاجر إلى الكذب ، للتغرير بالمشترى كما لو أضاف صفة ـ غير موجودة فى السلعة : موضوع التعاقد ـ للإيقاع بالمشترى !!

٣ ـ تدليس عن طريق الكتمان (أى السكوت) .. وصورته أن يعمد التاجر إلى التغاضى عن ذكر أوصاف فى المتعاقد عليه ، وهو يعلم أنه لو ذكرها لامتنع المتعاقد معه عن إبرام العقد .. وذلك كما لو كان فى المبيع عيب فكتمه عن المشترى !!

والذى يعنينا من هذه الأنواع هو النوع الأخير ، وهو التدليس بالكتمان .. (أى السكوت) ... وفى هذا النوع يتغاضى التاجر عن ذكر عيب معروف لديه فى العين محل العقد ، ولا يبينه للمشترى !!

وقد اتفق الفقهاء(١) على أن هذا العمل منكر ، ولا يقبل من مسلم ، ولا ينبغى له الإقدام عليه مطلقا ، لما روى عن النبى ﷺ : (لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له)(٢) [رواه ابن ماجه] .

أما أثر هذا التدليس على التعاقد .. فقد اتفق أغلب الفقهاء على أن العقد صحيح .. وأن العاقد المدلس عليه ـ بالكتمان ـ له حق الخيار ، إذا ما اطلع على هذا العيب .. ويكون الخيار بين أمرين :

(ا) رد العين إلى البائع . (ب) إمساكها بجميع الثمن المتفق عليه .

وإليك نصوص الفقهاء الواردة فى هذا الشأن :

---

(١) انظر : الفقة الاسلامى أساس التشريع ـ لجنة تجلية مبادىء الشريعة ص ٢٩٩ .

(٢) انظر : سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ١٧ .

١ – المذهب الحنفى .. جاء فى الزيلعى(١) (ولكون السلامة كالمشروطة فى العقد.. لايحل أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لايحل لمسلم باع من أخيه بيعاً - فيه عيب - إلا بينه له » [رواه ابن ماجه وأحمد]

ومر عليه السلام برجل يبيع طعاماً ، فأدخل يده فيه – فإذا هو مبلول – فقال : « من غشنا فليس منا !! » [رواه مسلم وغيره] .

وكتب عليه السلام كتابا بعد أن باع فقال فيه : « هذا مااشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله ﷺ . اشترى منه عبداً – أو أمة – لاداء ولا غائلة ، ولا خبثة .. بيع المسلم للمسلم » (رواه ابن ماجه والترمذى) .

ويقول الشلبى فى حاشيته – تعقيبا على ماتقدم من أنه (بيع المسلم للمسلم) (... وليس فى ذلك مايدل على أن المسلم إذا باع لغير المسلم جاز له أن يعامله بما يتضمن خيانة ، أو غبنا !! وإنما قال ذلك على سبيل المبالغة) .

٢ – وفى المذهب المالكى(٢) : (ولا يجوز الغش فى المرابحة ولا غيرها .. ومنه أن يكتم من أمر سلعته مايكرهه المشترى ، أو مايقلل رغبته فيها) .

٣ – وفى المذهب الشافعى(٣): (ومن ملك عينا ، وعلم بها عيبا .. لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، لما روى عن عقبة بن عامر – رضى الله عنه – قال سمعت النبى ﷺ يقول : « المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له » .. فإن علم غير المالك - بالعيب - لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه ، لما روى أبو سباع قال : اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع ، فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر ، فقال : هل بين لك مافيها ؟ قلت : ومافيها ؟ إنها لسمينة ظاهرة الصحة .. فقال : أردت بها سفراً ، أم أردت بها لحما ؟ قلت :

---

(١) انظر د الزيعلى ج ٤ ص ٣١ .

(٢) انظر : القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٦٣ .

(٣) انظر : المهذب ج ١ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

أردت عليها الحج ، قال : إن يخفها نقبا !! قال صاحبها : أصلحك الله !! ماتريد إلى هذا أن تفسد على ؟! قال : إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : لايحل لأحد يبيع شيئا إلا بين مافيه ، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه » فإن باع ولم يبين العيب ـ صح البيع ؛ لأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ صحح البيع فى المصراة ـ مع التدليس بالتصرية » ..

ويفهم من ذلك أن البيع يصح ، ولكن يثبت فيه خيار التدليس ، كما ثبت فى التدليس بالتصرية .

٤ ـ وفى مذهب الإمام أحمد ورد مانصه[1] (ولا يحل للبائع تدليس سلعة ولا كتمان عيبها ، لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ : « من غشنا فليس منا !! » ، قال الترمذى ، هذا حديث حسن صحيح .. فإن فعل فالبيع صحيح فى قول أكثر أهل العلم ـ منهم أبو حنيفة ومالك والشافعى بدليل حديث التصرية ، فان النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ صححه ، مع نهيه عنه .. وقال أبو بكر : إن دلس العيب ، فالبيع باطل ، لأنه نهى عنه ، والنهى يقتضى الفساد ، فقيل له : ماتقول فى التصرية ؟ فلم يذكر جوابا ، فدل على رجوعه) .

ويؤخذ من ذلك أن الصحيح هو قياس التدليس بكتمان العيب على التدليس بالتصرية ... فيكون البيع صحيحا ، ولكن يثبت فيه الخيار للمشترى .

ويفهم من تلك النصوص الفقهية أن البائع إذا أخفى العيب الموجود فى المبيع ـ بأن كتمه عن المشترى ، ولم يبينه ـ فالحنفية يعدون هـذا الكتمان حراما ... والمالكية يصرحون بأنه تدليس ... والشافعية والحنفية يعتبرونه غشا كالتصرية[2] .

---

(١) انظر : الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

المبحث الثامن

السكوت والصلح

الصلح فى نصوص الفقهاء .

الصلح عند الحنيفة : جاء فى شرح[1] كنز الدقائق :

« الصلح اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة . وفى الشرع [هو عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه أن يكون البدل أى المصالح عليه مالا معلوما أن احتيج إلى قبضه إلا تشترط معلوميته وهو أى الصلح جائز باقرار المدعى عليه . الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع إقرار . وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه بما ادعاه المدعى ولا ينكر ذلك وقال الشافعى لايجوز الصلح مع إنكار أو سكوت فان وقع الصلح عن مال بمال باقرار اعتبر بيعا» .

المالكية : وجاء[2] فى الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك « الصلح جائز عن إقرار وإنكار وسكوت إن لم يؤد إلى حرام . وهو على غير المدعى به بيع إن لم يكن منفعة وإلا فإجارة وعلى بعض هبة وإبراء» .

الشافعية وجاء فى حاشية الباجورى[3] «ويجوز الصلح والمراد بالجواز الصحة قوله مع الاقرار أى ولو أنكر بعده فان أقر ثم أنكر .

جاز الصلح بخلاف مالو أنكر فصولح ثم أقر فان الصلح باطل كما قاله الماوردى ... إلى أن قال وخرج به الصلح مع غير الاقرار من إنكار أو سكوت

---

(١) انظر . شرح العلاقة بمعين الدين الهروى المعروف بملا مسكين على كنز الدقائق فى فروع الحنفية . الطبعة الأولى الحسينية سنة ١٣٢٨ هـ .

(٢) جـ ٣ طبع ١٩٧٩ .

(٣) انظر حاشية الباجورى على ابن قاسم جـ ١ ص ٤٠٣ .

فلا يصح عندنا إلا فى مسائل منها اصطلاح الورثة فيما وقف بينهم كما إذا مات الميت عن ابن وولد خنثى فمسألة الذكورة من اثنين ومسألة الأنوثة من ثلاثة . والجامعة ستة فيعطى الابن ثلاثة والخنثى اثنين ويوقف واحد إلى الاتضاح أو الصلح كأن يصطلحا على أن يكون لكل منهما نصف القيراط » .

الحنابلة جاء فى كتاب الجامع الصغير(١) « قال تعالى والصلح خير ويجوز الصلح على الاقرار والإنكار والسكوت الذى لاقرار معه ولا إنكار(١) » .

وبعد استعراض هذه النصوص أقول .

ماهو الصلح . وماالدليل على مشروعيته ولماذا شرع وماهى شروطه وأقسامه

أولا : تعريف الصلح .

ويعرف الصلح فى اللغة . وهو اسم من المصالحة ومعناه لغة المسالمة :

وعند الفقهاء : عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين بتراضيهما والدليل على مشروعيته — القرآن والسنة والاجماع .

أما القرآن فأدلة كثيرة منها : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » الآية »(٢).

أما السنة أحاديث كثير منها(٣) « مارواه أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما » .

---

(١) انظر الجامع الصغير للقاضى ابى يعلى الحنبلى ص ٩٩ وهى رسالة مخطوطه وهى لدى حيث اشتركت فى مناقشتها بكلية الشريعة .

(٢) سورة الحجرات ٩ .

(٣) الترمذى ج ٢ ص ٤٠٣ رقم ١٣٦٣ .

أما الإجماع : فقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه « ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن » وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم . وهذا يعتبر إجماعا منهم .

وقد شرعه الإسلام : لأنه يؤدى إلى إزالة الشقاق والبغضاء وإحلال الوفاق محل الخلاف ، فاذا زالت الأحقاد من قلوب المتخاصمين وأينعت ثمار الوئام فى أفئدتهم يرفلون جميعا فى حلل السعادة والهناء .

أما شروط الصلح : فهى كثيرة منها ما يرجع إلى المصالح ومنها مايرجع إلى المصالح به ومنها مايرجع إلى المصالح عنه .

١ – للشروط التى ترجع إلى المصالح فهى : أولا : أن يكون عاقلا . وهذا شرط عام فى جميع التصرفات فلا يصح صلح المجنون والصبى الذى لا يعقل

وأما البلوغ فليس بشرط إذ يصح صلح الصبى المميز إذا كان له فيه نفع ويقع نافذاً إن كان مأذوناً له بالتجارة وموقوفا على الإجازة إن كان محجورا عليه كأن يكون للصبى دين آخر ولا يمكن إثباته بحال من الأحوال فحينئذ يصح الصلح على أخذ البعض وترك البعض الآخر فان كان يمكن إثباته فلا يصح الصلح .

ثانيا : أن يكون الولى أو الوصى المصالح عن الصغير محافظا على مصلحة من هو تحت ولايته فلا يصح الصلح إذا كان ضاراً بالصغير .

ثالثا : أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف فى ماله كوليه أو وصية . والمراد بالولى هنا ولى المال وهو الأب والجد أب الأب والقاضى . والمراد بالوصى وصى أحد هؤلاء .

الشروط التى ترجع إلى المصالح به هى :

أولا : أن يكون مالا متقوما مقدور التسليم أو منفعة سواء كان المال عينا أو دينا . والمراد بالعين : كل مالا يحتمل التعيين جنسا ونوعا وقدرا وصفة واستحقاقا كالعقارات وجميع أنواع الاموال القيمية وكالمثليات المعينة بالإشارة إليها

والمراد بالدين : كل ما يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين فى الذمة . (غير الذهب والفضة لأنهما لا يحتملان التعيين) .

ثانياً : أن يكون معلوما علما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع إلا إذا كان يحتاج فية إلى التسليم والتسلم فانه لا يشترط العلم به . كما إذا ادعى كل من رجلين على صاحبه شيئا ثم تصالحا على أن يجعل كل منهما حقة بدل صلح عما للآخر . أما المصالح عنه فلا يشترط العلم به على كل حال لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم إلا إذا اصطلحا على أن يعطى كل للآخر ما يدعيه .

ثالثا : أن يكون مما يصح ورود عقد البيع عليه إذ الأصل أن كل مايجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وإلا فلا .

ويترتب على ذلك أنه لايصح أن يكون بدل الصلح حقا من الحقوق المجردة كالمسيل والشرب اللذين لاحق للمصالح فى ذات المصرف والمسقى المارين فيهما .

الشروط التى ترجع إلى المصالح عنه هى :

أولا : أن يكون مالا متقوما أو منفعة .

ثانياً : أن يكون حقا من حقوق العباد لان المصالح متصرف فى حق نفسه إما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض وإسقاط الباقى أو بالمعاوضة . أما حقوق الله فلا يصح الصلح عنها

ويترتب على ذلك أنه لا يصح المصالحة على حق من حقوق الله . كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر . وذلك بأن يصالح الزانى أو السارق أو شارب الخمر من أمسكه ليرفعه إلى القاضى على شىء من المال فان حصل ذلك فلا يصح هذا الصلح ويعتبر المال رشوة .

ثالثا : أن يكون المصالح عنه حقا للمصالح فان لم يكن حقا له فالصلح باطل

كما لو طلق رجل امرأته ثم ادعت عليه صبيا فى يده أنه إبنه منها وأنكر الرجل ذلك فصالحته عن النسب على شىء فالصلح باطل لأن النسب حق للصبى لاحقها .

رابعاً : أن يكون الحق ثابتا للمصالح فى المحل المصالح عنه فان لم يكن ثابتا له فى المحل كما إذا صالح المشترى الشفيع على شىء ليترك شفعته .

فالصلح باطل لأنه لاحق للشفيع فى المصالح عنه وإنما الثابت له حق التملك وهو ليس ثابتا فى المحل بل هو حق الولاية التى هى صفـــة الوالى فلا يحتمل الصلح عنه (١) .

أقسام الصلح وحكم كل قسم (٢) :

ينقسم الصلح إلى ثلاثة أقسام : صلح عن إقرار ، وصلح عن انكار ، وصلح عن سكوت :

الصلح عن اقرار : هو أن يدعى شخص على آخر شيئا عينا كان أو دينا أو منفعة فيقر المدعى عليه للمدعى بأنه محق فى دعواه ثم يتصالحان على شىء . .

أما الصلح عن إنكار : كأن يدعى شخص شيئا مما ذكر على آخر فينكر ثم يتصالحان .

أما الصلح عن سكوت : أن يسكت المدعى عليه أى لم يقر ولم ينكر ثم يتصالحان .

وحكم هذه الأقسام الثلاثة هو الجواز عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى (والصلح خير) وهو مطلق فيشمل الجميع . ولقول سيدنا عمر بن الخطاب

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر جـ ٥ جـ ٦٣١ ــ الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٠٩ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٧٧ المغنى لابن قدامه جـ ٤ ص ٥٢٧ .

(٢) نفس المرجع .

رضى الله عنه « ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضـــاء يورث بينهم الضغائن » .

وقال الإمام الشافعى (١) : لايجوز إلا الصلح عن إقرار لأن الصلح يستدعى حقا ثابتا ولم يوجد فى حال الإنكار والسكوت . أى فى حال الإنكار فلأن الحق لايثبت إلا بالدعوى وهى معارضة بالإنكار ومع التعارض لايثبت الحق .

وأما فى حالة السكوت : فلأن الساكت يعتبر منكرا حكما حتى تسمع عليه البينه وبذل كل منهما المال لدفع الخصومة غير صحيح ، لأن الخصومة باطلة فيكون البذل فى معنى الرشوة وهى ممنوعة شرعا بقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون » (٤)

وخلاصة ما تقدم : أن الاتفاق بين الفقهاء (٣) والشافعى فى جواز الصلح مع المدعى عليه إذا أقر . أما إذا أنكر أو سكت فالفقهاء عدا الشافعى على الجواز والشافعى لايجوز عنده .

وقد جاء فى بداية المجتهد « اتفق المسلمون على جوازه على الإقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار ومثال الصلح على الانكار أن يقول : صالحنى على دعواك الكاذبة أو على دعواك التى انكرها وكذلك إذا سكت عن الاقرار . فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى جواز الصلح مع الاقرار والانكار والسكوت .

---

(١) انظر حاشية الباجورى على ابن قاسم جـ ١ ص ٤٠٣ .
(٢) المهذب لابن اسحق الشيرازى جـ ١ ص ٣٣٣ .
(٣) انظر المراجع السابقة وبداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٩٣ .
(٤) سورة البقرة ١٨٨ .

المبحث التاسع

(السكوت .. والشفعة)

الشفعة فى اللغة : — قال صاحب مختار الصحاح : (الشفعـــة فى الدار ، والأرض ، والشفيع صاحب الشفعة ...) (١)

وقال صاحب القاموس المحيط : (وقوله تعالى : من يشفع شفاعة حسنة — أى من يزد عملا إلى عمل ... وكأمير — « شفيع » صاحب الشفاعة ، وصاحب الشفعة — بالضم — وهى أن تشفع فيما تطلب ، فتضمه إلى ماعندك ، فتشفعه أى تزيده — وعند الفقهاء . — حق تملك الشقص (٢) ، على شريكه المتجدد ملكه قهرا بعوض ، وقول الشعبى : الشفعة على رءوس الرجال : أى إذا كانت الدار بين جماعة مختلف السهام ، فباع واحد نصيبه ، فيكون ماباع لشركائه بينهم سواء : على رءوسهم لاعلى سهامهم (٣) .

وتعريفها عند الفقهاء — يتفق وماجاء فى القاموس المحيط — فهى حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك .. بعوض (٤) .

وهى لاتثبت إلا فى العقار — خلافا للظاهرية ، فهى تجوز — عندهم — فى العقار ، وفى المنقول .

---

(١) انظر مادة : ش . ف . ع .

(٢) الشقص : النصيب والسهم والشرك .

(٣) انظر القاموس المحيط باب العين فصل الشين : لفظ (الشفع) ج ٣ ص ٤٧ طبعة الحلبى ١٩٥٢ .

(٤) انظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٩٦ .

والحكمة فى عدم ثبوتها فى (المنقول) — كالحيوان وغيره — هى أن المنقول لايدوم، بخلاف العقار ، فيتأبد ضرر المشاركة (١)

والقياس عدم جوازها ، لأنها تملك بالقهر، مع أن من شروط العقد(الرضا) ولكنها تثبت للشفيع بالثمن الذى تحدد للمبيع (موضوع الشفعة) ، رضى المتبايعان أو سخطا . ومع هذا أجازها الشارع للحاجة إليها ، وهى دفع ضرر — متوقع غالبا — من الدخيل ، فيما هو متصل على الدوام — وهو العقار (الدار والأرض) . . والمنقول ليس كذلك .

الأدلة على جوازها : السنة والإجماع ...

(ا) أما السنة فمنها :

١ — ما رواه البخارى عن جابر بن عبد الله — رضى الله عنه . قال : — «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم- بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

٢ — ومارواه البخارى — أيضا — عن أبى رافع — مولى النبى صلى الله عليه وسلم — قال : « الجار أحق بسقبه » . (والسقب والصقب بفتحتين — القرب) .

(ب) وأما الإجماع . . فقد حكى ابن المنذر فيها الإجماع . . لكن نقل الرافعى عن جابر بن يزيد — رضى الله عنه — (وهو من التابعين) إنكارها وقال الدميرى : ولعل ذلك لم يصح عنه (٢) (أى عن جابر بن يزيد)، الآن .

١ — من الشفيع الذى له حق الشفعة ؟

٢ — وما الإجراءات التى يتبعها شرعاً وقانونا ؟

٣ — وماذا يكون الحكم لو سكت عن طلب الشفعة ؟

---

(١) انظر : مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٩٦ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٤٦٠ ، ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٩٦ .

أسئلة ثلاثة نعرض من خلال إجاباتها آراء الفقهاء، ونصوصهم، في هذا الموضوع

١ — من الشفيع الذى له حق الشفعة ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك ..

(ا) قال الحنفية : يثبت هذا الحق للشريك فى العين نفسها .. ثم الشريك فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة .. ثم للجار — إن لم يكن للبائع شريك فى هذا أو ذاك .

وقد جاء فى مختصر الطحاوى : (وأولى الشفعاء - بالمبيع - الشريك ... ثم يتلوه الجار الملاصق) (١) .

وقد استدل الحنفية — على مذهبهم — بالأدلة السابقة ، وفيها دلالة على حق الجار فى الشفعة . وبأن حكمة شرعية الشفعة للشريك تظهر — أيضاً — فى حق الجار ، دفعا للضرر عن الاثنين .. وقالوا — أيضاً — إن علة إثبات حق الشفعة للشريك توجب ثبوته للجار أيضاً (٢) .

(ب) وقال المالكية ، والشافعية والحنابلة ، والظاهرية :

إن حق الشفعة ليس إلا للشريك فى ذات المبيع .. فلا شفعة — عندهم — للخليط ، أو للشريك فى حق من حقوق الاتفاق الخاصة بالمبيع .. ولا للجار ذلك بأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل (وهو خروجها عن القياس) فلا يصح التوسع فيها .. بل يجب الوقوف فيها على ماورد به النص .

واستدل هؤلاء بأحاديث كثيرة منها : (قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلاشفعة) .

وقد أولوا الأحاديث التى استدل بها الحنفية ، والتى أثبتت حق الشفعة للجار .. فقالوا تأويلها - مانصه : (ذلك يحملها على الشريك ، لأن ملك كل شريك مجاور لملك صاحبه .. فكل منهما جار للآخر) (٣)

---

(١) انظر : مختصر الطحاوى ص ١٢٠ .

(٢) انظر : البدائع جـ ٥ ص ٤ ، ٥ .

(٣) انظر : الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ٢٤٩ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٤٥ ، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص ٢٨٥ المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٨٢ — ١٠٣ .

سبب هذا الخلاف المذهبي :

هذا الاختلاف راجع إلى أن كلا من الطرفين يجرى وراء (دفع الضرر) الذى أراد الشارع دفعه بتشريع الشفعة :

(ا) فنهم من رأى أن الشارع أراد دفع ضرر الشريك - إذا باع لغير شريكه وقد فرق الله بين (الشريك) و(الجار) شرعاً وقدراً . . فنى الشركة حقوق لا توجد فى الجوار . . فلم يجز إلحاق (الجار) (بالشريك) - لما بينهما هذا الاختلاف - والنتيجة : أن الشفعة للشريك وحده .

(ب) ومنهم من رأى أن حق الشفعة للشريك . وللجار - لا للشريك وحده - فإن الجار قد يسىء الجوار بأن يعلى الجدار . . ويمنع الضوء والهواء ، ويطلع على العورة ، ويؤذى جاره بألوان أخرى من الأذى ، ولا يأمن جاره بوائقه . . . فلدفع هذا الضرر - الذى قد لا يقل عن ضرر الشريك - تكون الشفعة للجار أيضاً .

وقد جمع ابن القيم بين المذهبين (١) ، واختار قولا وسطا ، وهو إثبات الشفعة للجار ، إن كان مع جواره - شريكا - أيضاً - فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة مثل الطريق . . والشرب وإلا فلا شفعة للجار — إن لم يكن بينه وبين العقار المبيع — حق مشترك ألبتة .

وهذا الرأى وسط بين الذين يجعلون للجار حق الشفعة مطلقا — حتى أن لم شريكا للبائع فى بعض حقوق الارتفاق — وبين الفقهاء الذين لا يجعلون له حق الشفعة مطلقا — حتى إن كان شريكا للبائع فى بعض حقوق الارتفاق .

ويشهد لهذا أحاديث . . منها : قوله - صلى الله عليه وسلم — (الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها — وإن غائبا — إذا كان طريقهما واحداً) .

ومنها (قضاؤه — صلى الله عليه وسلم — بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) .

---

(١) انظر : اعلام الموقعين جـ ٢ ص ٩٤ ، ٩٥ .

فالحديثان ينصان على اشـــتراط أن يكون للجار شركة فى حق من حقوق الارتفاق ، الخاصة بالعقار المبيع ـ كالطريق ، ويقاس الشرب على الطريق .

وعلى هذا يمكن رد الأحاديث ـ التى ورد فيها إثبات الشفعة للجار دون هذا الشرط ـ إلى هذين الحديثين(١) .

(ما الاجراءات التى يتخذها الشفيع ؟)

لكى يحصل الشفيع على حقه .. عليه أن يقوم .. من وقت علمه بالبيع — بالخطوات الآتية :

١ — أن يطلب الشفعة ـ بادئ ذى بدء ـ فور علمه بالبيع ، لأن حق (التملك بالشفعة) حق ضعيف ، لثبوته على خلاف القياس .. فيجب تقويته بالطلب الفورى ـ بقدر الوسع وحسب المعتاد ـ لقوله ـ صلى الله عليه وسلم : ـ (الشفعة لمن واثبها) ... ولهذا يسمى الطلب الفورى (طلب المواثبة)

• وفى رواية عن الإمام محمد بن الحسن ـ صاحب أبى حنيفة — : أن هذا الطلب لا يجب أن يكون فور العلم بالبيع ، لأن صاحب حق الشفعة قد يحتاج إلى التروى فى الأمر .. فيجب أن يمكن من ذلك .. بأن يكون له حق الخيار ، طوال تواجده بمجلس البيع ، ولا تبطل شفعته إلا إذا قام من المجلس ، أو تشاغل عن الطلب بأمر آخر .

• ويذكر الكرخى أن هـذا أصح الروايتين(٢) .

• ويرى ابن حزم خلاف ماسبق ، حيث يقول : ـ (إن الشفعة تثبت حقا للشفيع بإيجاب الله ، فلا تسقط بترك الطلب — ولو ثمانين سنة أو أكثر) —

---

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) انظر : مختصر الطحاوى ص ١٢٠ ، وشرح الورود وحاشيته : بلغة السالك ص ٢٥٦ ، ونهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٥٧ .

أى لا يسقط حق الشفيع إلا بإسقاطه له — بنفسه — ولهذا يرى أن: (الشفعة لمن واثبها) لفظ فاسد، لايحل أن يضاف إلى رسول الله !! [١] .

• وجاء فى حاشية الباجورى [٢] : (وهى — أى الشفعة — بمعنى طلبها على الفور، فليبادر الشفيع — إذا علم بيع الشقص — بأخذه . . والمبادرة فى طلب الشفعة على العادة، فلا يكلف الإسراع على خلاف عادته بعد .. أو غيره . . بل الضابط فى ذلك أن ماعد توانيا فى طلب الشفعة — أسقطها . وإلا . . فلا، فإن أخرها — أى الشفعة — مع القدرة عليها بطلت . ولو كان مريد الشفعة مريضاً أو غائبا عن بلد المشترى .. أو محبوساً . أو خائفا من عدو .. فليوكل — إن قدر .. وإلا فليشهد على الطلب .. فإن ترك المقدور عليه : من التوكيل، أو الإشهاد - بطل حقه، فى الأظهر !! ولو قال الشفيع : لم أعلم أن حق الشفعة على الفور - وكان ممن يخفى عليه ذلك - صدق بيمينه) .

• وجاء فى المغنى على الشرح الكبير [٣] : (مسألة : قال : - « ومن لم يطالب بالشفعة - فى وقت علمه بالبيع - فلا شفعة له » . الصحيح - فى المذهب - أن حق الشفعة على الفور - إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع - وإلا بطلت .. نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب، فقال : الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم . وهذا قول ابن شبرمة والبتى، والأوزاعى، وأبى حنيفة، والعنبرى، والشافعى - فى أحد قوليه ... وحكى عن أحمد رواية ثانية : أن الشفعة على التراخى .. لاتسقط مالم يوجد منه مايدل على الرضا : من عفو، أو مطالبة بقسمة . . ونحو ذلك . . وهذا قول مالك، وقول الشافعى .. إلا أن مالكا قال : تنقطع بمضى سنة . . وعنه : بمضى مدة يعلم أنه تارك لها، لأن هذا الخيار لاضرر فى تراخيه، فلم يسقط

---

(١) انظر : المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٩٢ .

(٢) انظر : حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم جـ ٢ ص ٢٠ المطبعة اليمنية .

(٣) انظر : المغنى، والشرح الكبير جـ ٥ ص ٣٢٤، نشر مكتبة الرياض .

بالتأخير — كحق القصاص... وبيان عدم الضرر : أن النفع للمشترى باستغلال المبيع — وإن أحدث فيه عمارة من غراس ، أو بناء ، فله قيمته ... وحكى عن ابن أبي ليلى ، والثورى : — أن الخيار مقدر بثلاثة أيام — وهوقول الشافعى ، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط ، فصلحت حداً لهذا الخيار .. والله أعلم) .

. وجاء فى الروض النضير — شرح مجموع الفقه الكبير(١) : — (وقال زيد بن على : الشفيع على شفعته — إذا علم ما بينه وبين ثلاثة أيام .. فإن ترك المطالبة ثلاثة أيام بطلت .. يعنى أن الشفيع - بعد علمه بالبيع - يكون بالخيار فى الطلب ، وتركه - إلى ثلاثة أيام ، وبعدها تبطل شفعته ، قال فى المنهاج : - ووجهه : أن النبى صلى الله عليه وسلم — جعل لحبان بن منقذ الخيار ثلاثة أيام ، فيما باع واشترى ... وكذلك أقل السفر ثلاثة أيام .. وأقل الحيض ثلاثة أيام .. واستتابة المرتد ثلاثة أيام . اه ، وحكاه فى البحر) .

٢ — ألا يسكت الشفيع عن المطالبة بحقه فى الشفعة .. فقد جاء فى كشف الاسرار للبزدوى ما نصه(٢) : — (وكذلك سكوت الشفيع جعل ردا ، لهذا المعنى . أى : ومثل سكوت المولى .. سكوت الشفيع عن طلب الشفعة — بعد العلم بالبيع — جعل ردا للشفعة ، لهذا المعنى ، وهو : دفع الغرور عن المشترى فانه يحتاج إلى التصرف فى المشترى .. فاذا لم يجعل سكوت الشفيع عن طلب الشفعة إسقاطا لها .. فاما أن يمتنع المشترى من التصرف - أو ينتقض الشفيع عليه - تصرفه ، فلدفع الضرر ، والغرور .. جعلنا ذلك كالتنصيص منه على

---

(١) انظر : الروض النضير — شرح مجموعة الفقه الكبير ج ٣ ص ٦٣٦ — مكتبة المؤيد .

(٢) انظر : كشف الأسرار للبزدوى ج ٣ ص ١٥٢ .

إسقاط الشفعة — وإن كان السكوت — فى أصله — غير موضوع للبيان — بل هو ضده . . كما ذكر شمس الأئمة — رحمه الله — ، ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر الدخيل عن نفسه . . فاذا سكت فقد رضى بالتزام الضرر على نفسه !!).

ويقول ابن نجيم الحنفى — فى الأشباه والنظائر(١) — وهو يتكلم عن قاعدة (لاينسب لساكت قول) يقول : المسألة الخامسة عشرة : « سكوت الشفيع حين علم بالبيع — مسقط للشفعة » .

وقال محمود بن إسرائيل — الشهير بابن قاضى سماوتة — فى كتابه : جامع الفصولين(٢) : — (الفصل الرابع والثلاثون : أحكام السكوت . . وعد صورا ... إلى أن قال : « ومنها : علم الشفيع بالبيع وسكت . . بطلت شفعته ») .

٣ — أن يشهد على المطالبة ، وهو فى مجلسه . . فقد جاء فى الجوهرة المنيرة على مختصر القدورى : — (قوله : إذا علم الشفيع بالبيع أشهد — فى مجلسه ذلك — على المطالبة . . وهذا يسمى : طلب المواثبة . . والإشهاد فيه غير لازم وإنما هو لنفى التجاحد ... ثم طلب الشفعة طلبان : — طلب مواثبة ... وطلب استحقاق : فطلب المواثبة — عند سماعه بالبيع — يشهد على طلبها ، ولا يمكث حتى يذهب الى المشترى ، أو إلى البائع — إن كانت الدار فى يده . . أو إلى الدار المبيعة ... إلى أن قال : — ولا تبطل — بعد ذلك — بترك الطلب — فى ظاهر الرواية — . . وعن محمد : إذا مضى شهر ، ولم يطلب مرة أخرى . . بطلت . . ويقال : طلب الشفعة طلبان : — طلب للمواثبة ، وطلب التقرير . . فطلب المواثبة : أن يطلب — على فور العلم بالشراء — حتى لو سكت هنيهة ،

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٥ .

(٢) انظر كتاب جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٨ ، المطبعة الكبرى الأميرية ١٣٠٠ ﻫ.

ولم يطلب .. بطلت ، لقوله عليه الصلاة والسلام : — « الشفعة لمن واثبها » .. وعن محمد : أنه يتوقف بمجلس علم الشفيع ، وهو اختيار الكرخى) .

• وجاء فى القوانين الفقهية لابن جزى[2] : — (تجب الشفعة بخمسة شروط :

١ — الشرط الاول : أن تكون فى العقار ، كالدور والارضين .. واختلف — فى المذهب — فى الشفعة فى الأشجار ، وفى الثمار — فروى مالك روايتين .. وبالمنع قال الشافعى ، وأبو حنيفة ... واختلف أيضا — فيما لا ينقسم من العقار كالحمام ، وشبهه .. وفى الدين .. والكراء .. ولا شفعة فى الحيوان ، والعروض عند الجمهور .

٢ — الشرط الثانى : أن تكون فى (الإشاعة) أى لم تنقسم ، فان قسمت (العقارات) فلا شفعة .

٣ — الشرط الثالث : — أن يكون الشفيع شريكا .. فلا شفعة لجار — خلافا لأبى حنيفة .

٤ — الشرط الرابع : — ألا يظهر من الشفيع ما يدل على إسقاط الشفعة .. من قول ، أو فعل ، أو سكوت مدة عام ، فأكثر — مع علمه ، وحضوره — فان كان غائباً ، ولم يعلم — لم تسقط شفعته اتفاقا .. وإن علم وهو غائب — لم تسقط — خلافا لقوم ... وقال قوم : تسقط الشفعة بعد سكوته ثلاثة أيام ، وتسقط الشفعة إذا أسقطها بعد الشراء .. ولا تسقط إن أسقطها قبل الشراء . وكذلك تسقط إذا ساوم المشترى فى الشقص ، أو اكتراه منه ، أو سكت حتى أحدث فيه غرسا ، أو بناء) .

---

(١) انظر : الجوهرة المنيرة على مختصر القدورى ، للشيخ ابى الحسن القدورى ص ١٧٥ ؟

(٢) انظر : القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣١٣ وما بعدها ... طبع دار العلم للملايين .

وبعد عرض هذه النصوص المذهبية يمكن أن نرجح أن الشفعة تثبت حقا للشفيع على الفور - بعد علمه بالبيع . . فإن سكت دون عذر سقط حقه ، لما روى ابن السلماني عن أبيه عن عمر قال : — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « الشفعة كحل العقال » وفى لفظ أنه قال : — « الشفعة كنشطة العقال ، إن قيدت ثبتت ، وإن تركت فاللوم على من تركها ! ! » . . ولما روى عنه . . صلى الله عليه وسلم — أنه قال : « الشفعة لمن واثبها » ، ولأن إثبات هذا الحق على التراخى يضر المشترى ، لكونه لايستقر ملكه على المبيع ، ويمنعه من التصرف بعمارة ، خشية أخذه من قيمتها تعب قلبه ، وبدنه منها ... والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ... والأصـــل المقيس عليه ممنوع ... ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب .

(تصرف الشفيع أثناء المجلس ، وأثر ذلك على حقه)

١ — قال أبو حنيفة — رضى الله عنه : — متى طالب الشفيع فى مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال — لأن المجلس كله فى حكم حالة العقد ... بدليل أن القبض فيه — لما يشترط فيه القبض — يكون كالقبض حالة العقد :

٢ — ويرى الشافعى ، والظاهر من كلام الإمام أحمد ، والخرقى (١) : — أنه يتقدر بالمجلس ... بل متى بادر ، فطالب عقيب علمه — وإلا بطلت شفعته .

وعلى هذا ... إذا أخر الشفيع المطالبة عن وقت العلم — لغير عذر — بطلت شفعته ... وإن أخرها لعذر - كأن يعلم ليلا ، فيؤخره إلى الصبح ، أو لشدة جوع وعطش حتى يأكل ويشرب ... أو لطهارة ... أو إغلاق باب ... أو ليخرج من الحمام ! ... إن أخر لهذا لم تبطل شفعته ، لأن العادة جرت بتقديم هذه الحوائج على غيرها ... فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ... إلا ان

---

(١) انظر : نهاية المحتاج جـ ٤ ص ؟ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٣٢٤، ٣٢٥ .

يكون المشترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال ... فيمكنة أن يطالبه من غير تعطله عن أشغاله فان شفعته تبطل بتركه المطالبة، لأن هذا لا يشغله عنها ... ولا تشغله المطالبة عنه — فأما مع غيبته ... فلا، لأن العادة جرت بتقديم هذه الحوائج، فلم يلزمه تأخيرها — كما لو أمكنه أن يسرع فى مشيه، أو أن يحرك دابته - فلم يفعل ... ومضى — على حسب عادته - لم تسقط شفعته، لأنه طلب بحكم العادة.

وإذ فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته — إلى المشترى، فإذا لقيه بدأه بالسلام، ثم يطالب، لأن ذلك هو السنة... فقد جاء فى حديث شريف: « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه ! ! »

وإن قال بعد السلام: — بارك الله فى صفقتك ... أو دعا له بالمغفرة، ونحو ذلك ... لم تبطل شفعته، لأن ذلك يتصل بالسلام، فيكون من جملته ... والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه، لأن الشخص يرجع إليه... فلا يكون ذلك رضا ...

وإن اشتغل بكلام آخر، أو سكت — لغير حاجة — بطلت شفعته، كما قلنا من قبل[١].

ويجب أن نتذكر: أن الشفيع عليه — فور علمه بالمبيع — يطلب حقه.. وهذا ما يسمى (بطلب المواثبة) ... إلا أنه — مع ذلك — يجب عليه أن يؤكد طلبه هذا بطلب آخر يسمى (طلب التقرير)، لأن طلب المواثبة قد يكون تعبيراً عن نزوة.. أو رغبة عارضة من الشفيع.. ثم يتبين له — بعد — أنه ليس من صالحه المضى فى الأخذ بالشفعة — أو أنه ليس مقدوره ذلك — لسبب أو لآخر — ولهذا وجب عليه تأكيد طلبه، وتقريره.

---

(١) انظر المراجع السابقة.

وبعد (طلب التقرير) - هذا - يبقى حق الشفعة للشفيع أبداً — حتى وإن تأخر — كما شاء — فى رفع الأمر للقضاء — عند أبى حنيفة ويبقى هذا الحق حتى يسقطه بنفسه .

وهذا رأى فيه ضرر واضح — بالمشترى ، إذ يبقى أمر ملكيته معلقا ، غير مستقر على حال . . فلا يستطيع أن يتصرف فيما اشترى كما يريد : من زراعة ، أو غرس ، أو بناء(١) .

ولهذا قال محمد وزفر وهما من الحنفية — . إن حقه فى الشفعة يسقط ، إذا أخر رفع الأمر للقضاء شهراً بغير عذر بعد طلب التقرير .

وقال أبو يوسف : إنه يسقط إذا أخر ذلك عن أول مجلس للقضاء ... وفى رواية أخرى عنه : أن تقدير الوقت — الذى تسقط بعده الشفعة — إذا ترك طلب الخصومة بعد القيام بطلب التقرير — يترك الفصل فيه للقاضى .

ونحن نوافق ما قاله الإمام محمد ، وزفر ، وأبو يوسف ، لأنه يدفع الضرر عن المشترى ، ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع(٢) .

وقد أخذ بهذا القانون المدنى المصرى: فقرر — فى المادة ٩٤٣ — أنه يجب على الشفيع إعلان دعوى الشفعة على البائع والمشترى ، فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة ، المبين فى المادة ٩٤ — وهو : — (على من يرى الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى . . . وإلا سقط حقه ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة . . إذا اقتضى الأمر ذلك) ، . . وإلا سقط الحق فيها ... وأنه يجب الحكم فى الدعوى على وجه السرعة ، وفى ذلك مصلحة الشفيع ، والمشترى معاً وضمان بدفع الضرر عن المشترى بخاصة ! !

---

(١) انظر : الأموال . للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٣٠ بتصرف .
(٢) انظر : المبسوط للسرخسى ج ١٤ ص ١١٦ .

المبحث العاشر

السكوت ... والوديعة

الوديعة فى اللغة :

جاء فى لسان العرب[1] : (استودعه مالا .. وأودعه إياه ... ليكون عنده وديعة .. وأودعه : أى قبل منه الوديعة .. والوديعة واحدة الودائع ، وهى ماالستودع . . قال تعالى : « فمستقر ومستودع » المستودع ماق الأرحام ... استعاره على — رضى الله عنه — للحكمة والحجة ، فقال : بهم يحفظ الله حججه، حتى يودعها نظراءهم ، ويزرعوها فى قلوب أشباههم ، وقال ابن مسعود فى قوله تعالى — : ويعلم مستقرها ومستودعها » أى مستقرها فى الأرحام ، ومستودعها الأرض ... المستودع المكان الذى يجعل فيه الوديعة . . يقال استودعه وديعة : أى استحفظه إياها).

وجاء فى القاموس المحيط[2] : — (الوديعة واحدة الودائع ، والوديع : العهد ، والجمع ودائع ، وودع الثوب بالثوب - كوضع —: صانه ،وأودعته مالا : دفعته إليه ليكون عنده وديعة ... وأودعته أيضا - قبلت ما أودعنيه... واستودعته وديعة : استحفظته إياها . وتوادعا : تصالحا)

أما تعريف الوديعة — عند الفقهاء : —

فلقد عرفت بتعريفات كثيرة . . اخترت منها تعريف فقهـــاء الحنفية لها بأنها : —

---

(١) انظر : لسان العرب جـ ٨ ص ٣٨٦ — ٣٨٩ .

(٢) انظر القاموس المحيط جـ ٣ ص ١٩٥ .

« تسليط شخص غيره على حفظ ماله — صريحا ، أو دلالة » .

وبعبارة أخرى هي : — « المال المودع عند أمين لحفظه »(١) .

وجاء في مجمع الضمانات(٢) : — (الوديعة تقع تارة بالإيجاب والقبول — صريحا — كقوله : أودعتك . . وقبل الآخر ... وتم بالإيجاب وحده — في حق الأمانة — لا في حق وجوب الحفظ عليه — حتى لو قال للغاصب : أودعتك المغصوب — برىء من الضمان ، — وإن لم يقبل — حتى ولو هلك — لم يضمن ... وتارة تقع بالكتابة . . وتارة تقع بالدلالة : فلو جاء رجل بثوب إلى رجل ، ووضعه بين يديه، وقال له : هذا وديعة عندك ، وسكت الآخر — صار مودعا . . فلو ذهب صاحب الثوب ، ثم ذهب الآخر بعده — وترك الثوب وضاع الثوب — كان ضامنا ، لأن هذا قبول منه للوديعة عرفا ... وكذا لو وضع صاحب الثوب ثوبه — بين يديه ، ولم يقل له شيئا — والوضع كما هو — كان ضامنا أيضا ، لأن هذا إيداع عرفا(٣)) .

وقد اخترت هذا النص وذلك التعريف لأنهما يزكيان الهدف من هذا البحث .

الوديعة في مفهوم المفسرين :-

المفسرون تناولوا الوديعة بالذكر ، والشرح ، والتفصيل . . حين فسروا

---

(١) : تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٥ ص ٧٦ — رد المختار لابن عابدين جـ ٤ ص ٥٤٢ .

(٢) انظر : مجمع الضمانات للبغدادي ص ٦٨ .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٥٥٠ .

قوله تعالى : ـ « إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعما يعظكم به ، إن الله كان سميعا بصيرا(١) » .

فقد قال أبو بكر الجصاص — عند تفسيره لهذا(٢) : —

(اختلف فى المأمورين بأداء الأمانة — فى هذه الآية — إذ ذهب بعض المفسرين إلى أنهم ولاة الأمر ... كما ذهب بعضهم إلى أنها خاصة بعثمان بن طلحة، أمر بأن ترد إليه مفاتيح الكعبة ، كما ذهب بعضهم — ومنهم ابن عباس — إلى أنها فى كل مؤتمن على شيء ... وهذا أولى، لان قوله تعالى : ـ(إن الله يأمركم) خطاب يقتضى سائر المكلفين .

قال أبو بكر : ما أؤتمن عليه الإنسان فهو أمانة . . فعلى المؤتمن عليها ردها إلى صاحبها : فمن الامانات : الودائع . . وعلى مودعيها ردها إلى من أودعوهم إياها ، ولاخلاف بين الفقهاء أنه لاضمان على المودع - فيها . . إن هلكت .

ويذكر الجصاص : أن هذا مالم يتعد فيها المودع . . ويذكر أنه روى عن عمر أنه ضمن أنسا وديعة ضاعت من عنده ، ويسوغ هذا بقوله : فجائز أن يكون المودع لديه اعترف بفعل يوجب الضمان عنده ، فلذلك ضمنه .

وأما القرطبي المالكى فيقول — عن هذه الآية — : (فهذه الآية من أمهات الاحكام ، متضمنة جميع الدين ، والشرع(٣)) .

الوديعة فى الحديث الشريف : ـ

من الأحاديث التى رويت فى هذا الباب مايلى : ـ

---

(١) سورة النساء آية ٥٨ .

(٢) انظر : احكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٢٠٧ .

(٣) المرجع السابق .

ماورواه عمرو بن شعيب ـ عن أبيه ـ عن جده . . أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : ـ (لاضمان على مؤتمن) رواه الدارقطنى . . . وفى تحقيق هذا الحديث قال عنه الحافظ : ـ فى إسناده ضعف ... وأخرجه الدارقطنى ـ عن طريق أخرى ـ عنه ، بلفظ : ـ « ليس على المستعير ـ غير المغل ضمان ، ولا على المستودع ـ غير المغل ـ ضمان » ـ وقال : ـ إنما نروى هذا عن شريح ، غير مرفوع . . قال الحافظ : ـ وفى إسنادة ضعف .

وهذا الحديث يدل على ضمان من كان أمينا على عين من الأعيان : كالوديع والمستعير .

أما الوديع . . فلا يضمن ـ إجماعا ـ إلا لجناية منه . . عليه . . والوجه فى تضمينه للجناية ـ أنه صار بها خائنا ، والخائن ضامن ، لحديث : (ولا على المستودع ـ غير المغل ـ ضمان) ، والمغل هو الخائن ... وكذلك التعدى . . يجعله يضمن الوديعه ، لأنه نوع من الخيانة .

وأما إذا هلكت من غير تعد ، ولا تفريط فى حفظها . . فلا ضمان عليه . . واستدل على ذلك بما تقدم من قول النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ : (ليس على المستعير ـ غير المغل ـ ضمان ، ولا على المستودع ـ غير المغل ـ ضمان) . . وبقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ (لاضمان على مؤتمن) .

واستدل أيضا بما أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر ـ بلفظ : ـ (من أودع وديعه فلا ضمان عليه) ـ وفى إسناد هذا الحديث . . المثنى بن الصباح ، وهو متروك . . وقد حسنه الترمذى[1] .

الوديعة عند الفقهاء :

لقد تحدث الفقهاء عن الوديعة وفى كل مايتصل بها ـ انطلاقا من أنها مشروعة بالكتاب . . والسنة . . والإجماع ، ومن أدلتهم : ـ

(١) انظر : نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٣١٢ .

أولا : ـ من الكتاب ـ قوله تعالى : ـ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها .. الآية[١] » .

وقوله تعالى : ـ « فإن آمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أرتمن أمانته ، وليتق الله ربه[٢] » .

ثانيا : ـ من السنة ـ قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ :(أو الأمانة إلى من أئتمنك ، ولا تخن من خانك !!) ... وكذلك : تصرف النبى حين أراد الهجرة ـ برده الأمانات إلى أهلها .. وغير ذلك من الأحاديث ، والسنة العملية ـ الدالة على ذلك ، وهى كثيرة[٣] .

ثالثا : ـ إجماع العلماء ـ فى كل عصر ـ على جواز الإيداع ، والإستيداع .. والظروف تقتضيها ، فان بالناس إليها حاجة ، إذا يتعذر على جميعهم ـ حفظ أموالهم بأنفسهم[٤] .

هذه هى التحديدات الدقيقة لبعض معالم هذا العقد من عقود المعاملات ، وللفقهاء ـ فى هذا العقد ـ تفصيلات تكلموا فيها بإسهاب ، اولة منهم ـ الإحاطة بجوانب هذا العقد ... ولكنى ـ هنا ـ أقتصر على تحليل بعض الصور ، التى لها صلة بموضوع بحثى ـ فقط ـ . وهى (القبول) فى هذا العقد .. (ووجوب) امتناع ، وديع عن الإخبار بأمر الوديعة ، لظروف قد تتعلق بالمحافظة عليها .

فالوديعة ـ كعقد من العقود ـ لا تتم إلا (بإيجاب وقبول) .. إلا أنه ـ بجانب ذلك ـ لابد ـ لصحتها ـ من تسليم وتسلم الشىء المودع ، حتى تتأكد التزامات الوديع ـ من الحفظ .. وغيره ، حيث يقول الفقهاء[٥] :

---

(١) انظر : سورة النساء آية ٥٨ .
(٢) انظر : سورة البقرة آية ٢٨٣ .
(٣) انظر نيل الأوطار للشوكانى الحلبى ج ٥ ص ٣٣٣ .
(٤) انظر : المغنى لابن قدامة ج٦ ص ٣٨٢ ، وابن عابدين ج ٤ ص ٥٥٠
(٥) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٣ ، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٧٦ ، ونهاية المحتاج ج٦ ص ١١٥ .

يشترط — فى الشىء المودع — أن يكون قابلا لإثبات اليد عليه فعلا . . فلا يصح إيداع العبد الآبق . . ولا الطير فى الهواء .

أما قبل الاستلام فإن العقد — وإن كان قد وجد بوجود أركانه — إلا أن كل ماينشأ عنه هو مجرد وعد من الوديع باستلام الشىء المودع . . فاذا ماتم القبض فعلا - فان آثار العقد توجد حينئذ ... فيجب على الوديع أن يحفظ الوديعة ، كما يحفظ مال نفسه .

ولا يشترط فى (القبض) أن يكون حقيقيا ... بل يكفى أن يكون حكميا . . أما القبض الحقيقى فهو : —أن يقوم المودع بتسليم شىء من ماله للوديع، ويطلب منه حفظه ، فيقبل ذلك ، ويتسلمه منه .

وأما القبض الحكمى فهو : ماإذا كان الشىء الذى راد وإيداعه موجوداً تحت يد الوديع ، لسبب من الأسباب - كالإجارة - وبعد انتهاء مدة عقد الإجارة — قال المالك للمستأجر : - أودعتك هذا الشىء ، فقبل . . فان الإيداع يتم بذلك، — دون حاجة إلى تجديد (قبض) — بل يكتفى بصدور الإذن من المالك بالاستمرار فى إمساك الشىء — على جهة الإيداع - .

ومثله - كذلك - مالو وضع شخص شيئا من ماله بين يدى آخر من غير أن يقول له شيئا . فسكت هذا الآخر ، ولم يعترض . . فان الإيداع يتم بهذا التصرف من الطرفين ، ويكون ذلك كافيا لترتب آثاره عليه .

ومن الممكن أن يصور القبض الحكمى : بحالة ما إذا قال شخص لآخر : - أودعتك سيارتى ، أو مبلغا من النقود . . . فقال له : قبلت . . فان العقد - بهذا الشكل - قد وجد ، لوجود أركانه ، ثم بعد ذلك أتى المودع بالشىء الذى يريد إيداعه فوضعه بين يدى الوديع ، أو أدخله فى داره - فسكت الوديع -فان القبض يتم بذلك - حتى ولو لم يتسلمه منه بيده[1] .

---

(١) انظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤١٩ — وكشاف القناع ج ٤ ص ١٤١ .

انظر مسئولية الوديع للدكتور / احمد عطيه ص ابن عابدين ج ٤ ص ٧٤٣

المبحث الحادى عشر

السكوت ... والقرعة

القرعة هى : طريقة تتخذ لتعيين ذات ، أو نصيب — من بين أمثاله — إذا لم يمكن تعيينه بحجة[1] .

وهل القرعة يمكن أن تكون طريقا لإثبات الحكم الشرعى ؟ وكيف ذلك ؟ وما أثر السكوت على ذلك ؟

والأصل فى الحكم بالقرعة .. الكتاب .. والسنة .

(١) أما الكتاب فقوله تعالى : « ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك ، وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ؟ وما كنت لديهم إذ يختصمون !! .. »[2] قال قتادة : (كانت مريم ابنة إمامهم ، وسيدهم ، فتشاح عليها بنو إسرائيل ، فاقترعوا عليها بسهامهم : أيهم يكفلها ؟ فقرع زكريا — وكان زوج أختها — فضمها إليه) — ونحوه عن مجاهد : وقال ابن عباس : (لما وضعت مريم فى المسجد اقترع عليها أهل المصلى — وهم يكتبون الوحى — فاقترعوا بأقلامهم : أيهم يكفلها ؟) وهذا متفق عليه بين أهل التفسير .

وقال تعالى : — « وإن يونس لمن المرسلين . إذ أبق إلى الفلك المشحون . فساهم فكان من المدحضين »[3] :

---

(١) انظر : تفسير القرطبى ج ٤ ص ٨٧ .

(٢) سورة آل عمران آية ٤٤ .

(٣) سورة الصافات آيات ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ .

فهذان نبيان كريمان استعملا القرعة . . . ومعروف أن شرع من قبلنا — إن صح ذلك عنهم — شرع لنا ، مالم يرد ناسخ .

٢ — وأما السنة .. فما ورد فى الصحيحين عن أبى هريرة — رضى الله عنه — قال : — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم — « لو يعلم الناس ما فى النداء والصف الأول . ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه .. لاستهموا »!!

وفى الصحيحين — أيضا — عن عائشة — رضى الله عنها — أن النبى صلى الله عليه وسلم . كان إذا أراد سفرا أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها .. خرج بها معه[1] » .

وفى صحيح البخارى — أيضاً — : روى أبو هريرة — رضى الله عنه — عن النبى صلى الله عليه وسلم — : « أن رسول الله عرض على قوم اليمين ، فسارعوا إليه ، فأمر أن يسهم بينهم فى اليمين : أيهم يحلف؟ » ..

هذا . ويقول ابن القيم[2]: (القرعة جاء بها الكتاب ، كما جاءت بها السنة ، وفعلها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم — بعده) .

إجراء القرعة :

وكيفيتها — عند من قال بها —[3] : أن تقطع رقاع صغار مستوية ، فيكتب فى كل رقعة اسم صاحب السهم ، ثم تجعل فى (بنادق طين) مستوية ، لا تفاوت فيها ، ثم تجفف قليلا ، ثم تلقى فى ثوب رجل — لم يحضر ذلك — ويغطى عليها ثوبه ، ثم يدخل يده ويخرج ، فإذا أخرج اسم رجل أعطى الجزء الذى أقرع عليه .

---

(١)

(٢) انظر : الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٨٧ .

(٣) القرطبى ج٤ ص ٨٧ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٩١ والمهذب ج ٢ ص ٥

قال الخلال : — حدثنا أبو المنذر : أنه سمع أبا عبد الله يجب من القرعة ما قبل عن سعيد بن المسيب : (أن يأخذ خواتيمهم ، فيضعها فى كمه . . فمن خرج أولا ، فهو القارع .

وقال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : كيف القرعة ؟ فقال سعيد ابن جبير يقول : بالخواتيم ، أقرع بين اثنين فى ثوب فأخرج خاتم هذا ، وخاتم هذا . . . قال : ثم يخرجون الخواتيم ، ثم تدفع إلى رجل ، فيخرج منها واحدا قلت لأبى عبد الله ، فإن مالكا[1] يقول : تكتب رقاع ، وتجعل فى طين ؟ . قال : وهذا أيضاً . .)

ومعنى هذه النصوص أن القرعة يمكن أن تكون بأى طريقة يتفق عليها الطرفان ، مادامت توصل إلى الحق[2] .

حكمها : — وهى سنة عند جمهور الفقهاء . . فى المستوين فى الحجة ، ليعدل بينهم ، وتطمئن قلوبهم ، وترتفع الظنة عمن يتولى قسمتهم ، ولا يفضل أحد منهم على صاحبه ، إذا كان المقسوم من جنس واحد . . عملا بالكتاب والسنة .

(١) ورفض العمل بالقرعة أبو حنيفة وأصحابه . . وردوا الأحاديث الواردة فيها ... وزعموا أنها لا معنى لها ، وأنها تشبه الأزلام التى نهى الله عنها .

(٢) وحكى ابن المنذر عن أبى حنيفة — أنه جوزها ، وقال : القرعة فى القياس - لاتستقيم ، ولكنا تركنا القياس — فى ذلك — وأخذنا بالآثار والسنة . .

---

(١) انظر : القرطبى جـ ٤ ص ٨٧ .

(٢) انظر : الطرق الحكمية ص ٢٩٢ .

واحتج أبو حنيفة بأن قال : إن القرعة فى شأن زكريا ، وأزواج النبى - صلى الله عليه وسلم - كانت مما لو تراضوا عليه - دون قرعة - لجاز ».

وتناقش أبا حنيفة برد ابن العربى عليه قال . (وهـــذا ـــ أى اتجاه أبى حنيفة ـــ ضعيف ، لأن القرعه إنما فائدتها استخراج الحكم الخفى عند تشاح الخصمين ، فأما ما يخرجه التراضى فيه ، فباب آخر ، ولا يصح لأحد أن يقول : إن القرعة تجرى موضع التراضى ، فإنها لا تكون أبدا - مع التراضى ، وإنما تكون فيما يتشاح الناس فيه ، ويضن به !!)

(٣) وقد اختلفت الرواية عن الإمام مالك . فقال مره : يقرع للحديث .. وقال مرة : يسافر بأوفقهن له فى السفر .

ولكن الراجح هو جواز العمل بها ، وما يترتب عليها ملزم ، ويجب العمل به ، للأدلة السابقة (١) .

وقد جاء فى الطرق الحكمية لابن القيم (٢) : - (قال أحمد - فى رواية الفضل ابن عبدالصمد : - القرعة فى كتاب الله .. والذين يقولون : القرعة قمار .. جهال ، ثم ذكر أنها فى السنة ... ولذلك قال فى رواية إبنه صالح : أقرع النبى صلى الله عليه وسلم فى خمسة مواضع .. وهى فى القرآن فى موضعين ..

وجاء ـــ أيضاً - فى الطرق الحكمية : - (قال أحمد - فى رواية اسحق بن إبراهيم وجعفر بن محمد : القرعة جائزة . قال المروزى : وهم يقولون إذا اقتسموا الدار ، والأرضين - أقرع بن القوم ، فأيهم أصابته القرعة كان له ما أصاب من ذلك ، ويجبر عليه) (٣) .

---

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٩٦ ، والمهذب ج ٥ ص ٥ ، والقرطبى ج ٤ ص ٨٦ . ؟؟

(٢) القرطبى ج ٤ ص ٨٦ .

تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٩٦ المهذب ج ٢ ص ٥ .

(٣) انظر : الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٨٧ .

(٤) انظر : الطرق الحكمية ص ٢٨٧ .

والتفريعات التي تبنى على ذلك كثيرة .. ونعرض منها عدة صور : —

(الصورة الأولى) .. لو كان لرجل أربع نسوة ،فطلق إحداهن — وسكت ولم يبين — ولم تكن له نية في واحدة بعينها ... فما الحكم ؟

(ا) قال الإمام أحمد[1] : — يقرع بينهم، فأيتهن أصابتها القرعة . . فهى المطلقة وكذلك إن قصد إلى واحدة بعينها ، ثم نسيها .

(ب) وقال أبو حنيفة والشافعى : — لايقرع بينهن .. ولكن إذا كان الطلاق لواحدة لا بعينها ، ولا نواها . . فإنه يختار صرف الطلاق إلى أيتهن شاء .

وإن كان الطلاق لواحدة بعينها ، ونسيها . . فانه يتوقف حتى يتذكر ... ولا يقرع .. ولا يختار صرف الطلاق إلى واحدة منهن .

(ح) وقال مالك : يقع الطلاق على الجميع .

فالمسألة فيها ثلاثة أقوال ...

(١) أحدها : أنه يعين المبهمة ... ويقف فى حق المنسية — عن الجميع ، فينفق عليهن ، ويكسوهن . . ويعتزلهن إلى أن يفرق الموت بينه ، وبينهن ... أو يتذكرها.

وهذا فى غاية الحرج ، والإضرار به وبالزوجات ، وينفيه قوله تعالى: — (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) [٢] وقوله صلى الله عليه وسلم — « لاضرر ولا ضرار»[٣] وأى حرج، وإضرار ، وضرر أكثر من ذلك ؟

---

(١) انظر : الطرق الحكمية ص ٢٩٥ .
(٢) سورة الحج آية : ٧٨ .

(٢) الثاني : — أن يطلق عليه الجميع ... مع الجزم بأنه إنما طلق واحدة لا الجميع !! .. فإيقاع الطلاق بالجميع ، مع القطع بأنه لم يطلق الجميع — ترده أصول الشرع ، وأدلته !!

(٣) الثالث : — أنه لا يقع الطلاق بواحدة منهن ، لأن النكاح ثابت بيقين .. وكل واحدة منهن مشكوك فيها : هل هي المطلقة ؟ أم لا .

فلا تطلق بالشك ... ولا يمكن إيقاع الطلاق بواحدة غير معينة ... وليس البعض — منهن — بأولى أن يوقع عليها الطلاق دون البعض ... والقرعة قد تخرج غير المطلقة ... فإنها كما لا يجوز أن تقع على المطلقة — يجوز أن تقع على غيرها .. فإذا أخطأت القرعة — المطلقة ، وأصابت غيرها أفضى ذلك إلى (تحريم) من هي زوجة ، و(حل) من هي أجنبية ..

وإذا بطلت هذه الأقسام كلها تعين هذا التقدير ، وهو بقاء النكاح في حق كل واحدة منهن ، حتى يتبين أنها المطلقة .

وإذا كان النكاح باقيا فيها فأحكامه مترتبة عليه ... وأما أن يبقى النكاح ، ويحرم الوطء دائما فلا وجه له .

فهذا القول .. والقول بوقوع الطلاق على الجميع متقابلان ... وأدلتهما تكاد أن تتكافأ ... ولا احتياط في إيقاع الطلاق بالجميع ، فإنه يتضمن تحريم الفرج على الزوج ، وإباحته — بالشك — لغيره !!

ونرى أن الصواب في القرعة .. لأن الله قد جعلها طريقا لإثبات الحكم الشرعي في كتابه .. وفعلها رسول الله ، وأمر بها ، وحكم بها الصحابة ..

وكل قول غير القول بها ... فإن أصول الشرع ، وقواعده ترده ..

(الصورة الثانية) : من فروع تطبيق العمل .. بالقرعة .. ما إذا طلق إحدى نسائه وسكت ، ولم يبين ، ومات قبل هذا البيان ... فما الحكم ؟

(ا) قال أبو حنيفة : يقسم الميراث بين الجميع .

(ب) وقال الشافعي : يوقف ميراث الزوجات ، حتى يصطلحن عليه .

(جـ) وفي رواية للإمام أحمد[1] : — الورثة يقرعون بينهن ، فمن وقعت عليها القرعة لم ترث ...

ويلاحظ على تلك الآراء مايلي : —

(ا) أنه يترتب على قول أبي حنيفة — توريث إحداهن مع كونها أجنبية ، لأنها مطلقة — في حال الصحة ثلاثا — فكيف ترث !

(ب) ويترتب على قول الشافعي ... وقف المال ، وتعريضه للفساد والهلاك ، وعدم الانتفاع به !! وإن كان حيوانا فربما كانت مئونته تزيد على أضعافها على قيمته ... وهذا لامصلحة فيه ألبتة ... وأيضاً — إذا علمن أن المال يهلك إن لم يصطلحن عليه — كان ذلك إلجاء لهن إلى إعطاء المال لغير المستحقة منهن ... فالقرعة تخلص من كل ذلك .

ومن المعلوم أن المستحقة للميراث منهن هي إحداهن دون الأخرى فوجب أن يقرع بينهن ، كما يقرع بين الزوجات إذا أراد السفر بإحداهن .

(الصورة الثالثة) — من الفروع الواردة في هذا الباب : — لو طلق إحداهما لا بعينها ، ثم ماتت إحداهما — إن كانتا اثنتين — ثم ماتت إحداهما .. لم يتعين الطلاق في الباقية ، وأقرع بين الحية والميتة ... وهذا عند الحنابلة .

أما أبو حنيفة فيقول : — يتعين الطلاق في الباقية ..

وقال الشافعي : لايتعين فيها ... وله تعيينه في الميتة

ومن المطارحات الفقهية هـــذا الحوار بين الحنفية ، والحنابلة — في هذا

---

(١) انظر الطرق الحكمية لابن القيم ص ٣٠٦ ، والمهذب جـ ٢ ص ١٠٠ .

المقام (١) —

قال الحنفية : ـ هو مخير فى التعيين . . ولم يبق من يصح إيقاع الطلاق عليهـا إلا الحية . . ومن خير بين أمرين ، ففاته أحدهما . . تعين الآخر .

قال الحنابلة : قد أقمنا الدليل على أنه لا يملك التعيين باختياره ...وإنما يملك الإقراع ـ ولم يقف محله ـ فانه يخرج المطلقة ... فيتبين وقوع الطلاق من حين التطليق . . لا من حين الإقراع .

قالت الحنفية : ـ لا يصح أن يبتدأ فى الميتة ـ بالطلاق ... فلا يصح أن يعينه فيها بالقرعة كالأجنبية .

قالت الحنابلة : نحن لا نعين الطلاق فيها ابتداء ... وإنما تبين بالقرعة ـ أنها كانت مطلقة فى حال الحياة .

قالت الحنفية : ـ ماتت غير مطلقة ... بدليل أنه يجوز أن تخرج القرعة ـ عندكم ـ على الحية . . فتكون هى المطلقة دون الميتة ... وإذا لم تكن مطلقة قبل الموت ـ لم يثبت حكم الطلاق فيها بعد الموت ... كما لا يثبت الطلاق المبتدأ .

[illegible]

ونخلص من هـــذا الحوار بأن ماقاله الحنابلة هو الأصوب ـ وهو العمل بالقرعة حتى تتبين المطلقة من غيرها ... والله أعلم بالصواب .

[illegible]

نتائج البحث

أما بعد ...

في نهاية التطواف خلال هذا البحث ... ومصادره ... نسجل النتائج التي توصلنا إليها ، لتكون علامات ضوئية هادية للذين يتصدرون للفتوى... وتقنين الشريعة الغراء ... ويمكن إجمال أهم هذه النتائج فيما يلي :

١ ـ أن الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر مسئولية كل مسلم ، فيحرم السكوت من القادر على التغيير ... كما يحرم كتمان الشهادة ! !

٢ ـ أن السكوت قد يكون واجباً ... إذا ترتب على الكلام إهدار حق.. كما في كتمان خبر الوديعة عن الظالم ، أو الغاصب ، أو السارق ! !

٣ ـ دفع الحرج ـ باب المعاملات ـ عن طريق قبول إشارة الأخرس كدليل على (القبول ... والإيجاب) ... وإلا لحقته المشقة ... ومنع عن مباشرة العقود ! !

٤ ـ أن سكوت المشرع عن بعض التصرفات يدخل المسكوت عنه في دائرة (العفو) .

٥ ـ أن « المعروف » عرفا ـ كالمشروط شرطا ... كما إذا أطلق المهر في العقد ... فإنه ينصرف إلى عرف البلد .

٦ ـ الأصل في الشريعة الإسلامية ـ أنه (لاينسب لساكت قول) ، أي عدم الاعتداد بالسكوت لأنه قد يحتمل معنى الشرود ، وعدم الانتباه ... أو عدم الاكتراث ... أو الاستهزاء ... أو الاستغراب ... أو الموافقة ... أو الإنكار ... أو الرفض . إلى غير ذلك من المواقف ، والحالات النفسية .

وهذه الاحتمالات لاتجعله منتجا للآثار الشرعية . . وكل هذا ما يسميه الفقهاء (بالسكوت المجرد عن القرائن) .

أما إذا صاحب السكوت بعض القرائن — بأن كان فى معرض الحاجة - وهو مايطلق عليه (السكوت الملابس) — فإنه يعتد به فى تلك الحالة . . وتترتب عليه الآثار الشرعية . . ويظهر هذا فى الحالات الآتية :

(ا) الحالات التى يتمحض فيها السكوت لمنفعة من نسب إليه ، كما فى سكوت المدين عند إبراء الدائن له . . فهو قبول للإبراء — حتى لو أراد المدين - بعد انتهاء مجلس الإبراء — أن يرفضه . . لم يكن له ذلك . .

وكما فى سكوت المتصدق عليه . . وسكوت الموصى له .

(ب) الحالات التى يتوافر فيها تعامل سابق - بين المتعاقدين ويتصل الإيجاب بهذا التعامل .. كأن يكون هذا التعامل السابق عقداً نتج عنه أثر - كحالة البيع الذى يملك فيه البائع حق الحبس للشىء المبيع . . فإذا ماقبض المشترى المبيع - بعد ذلك — وسكت البائع .. أعتبر سكوته إذنا بالقبض ..

أو يكون هذا التعامل السابق — عقداً لم يترتب عليه أى أثر . كالرهن . والهبة ، اللفظيين اللذين لم يقترنا .. فإذا ماقبض المرتهن المرهون — بعد العقد.. واقترن هذا القبض بسكوت الراهن — اعتبر هذا السكوت إذنا بالقبض . . وكذا الحال فى الهبة . . فإذا قبض الموهوب له الموهوب بعد العقد — وصاحب هذا القبض سكوت الواهب — اعتبر سكوته إذنا بالقبض .

(ج) الحالات التى يستلزم فيها مبدأ العدالة . . أعتبار السكوت رضا . . كسكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى ، فإنه يعتبر إذنا له فى التجارة ؛ دفعا للغرور عمن يعامل العبد .

(د) الحالات التى يستلزم فيها العرف اعتبارالسكوت رضا .. كاعتبارسكوت «البكر» قبولا للخاطب .. وهذا الاعتبار نسبى .. ويتغير بتغير العرف ، وحسب كل بيئة .

٦ — أن « العرف » يعتبر قاعدة مكملة ، ومبينة لما سكت عنه المتعاقدان ، لأن سكوتهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم ، وفوضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل ، والحكم .

٧ — أن الفقهاء يعدون السكوت الملابس (تعبيراً) بطريق الدلالة .

٨ — أن السكوت يعتبر « قبولا » إذا قرنت به ملابسات تجعل دلالته تنصرف إلى الرضا . . أما « الإيجاب » فليس كذلك ، إذا كان لا يمكن أن يستنتج عن طريق السكوت .

مصادر البحث

وهذه هي أهم المراجع التي رجعت إليها في هذا البحث .

أولا :

١ - القرآن الكريم .

٢ - كتب التفسير .

٣ أحكام القرآن للجصاص ، وهو العلامة الفقيه أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص ، طبع ١٣٤٧ هـ

٣ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، وهو الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد الخزرجي الأندلسي المعروف بالقرطبي مطبعة الهيئة العامة .

٤ - تفسير القرآن الحكيم ويعرف بتفسير المنار لرشيد رضا طبع الهيئة العامة للكتاب .

٥ - تفسير ابن كثير القرشي وهو العلامة المؤرخ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الشافعي طبع مطبعة الاستقامة .

٦ - نيل المرام من تفسير آيات الأحكام لمحمد صديق خان طبع المطبعة الرحمانية .

٧ - أحكام القرآن لابن عربي ، وهو أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن عربي طبع الحلبي الطبعة الأولى .

٨ جامع البيان في تفسير القرآن للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري الطبعة الأولى المطبعة الكبرى الأميرية .

ثانياً : الحديث .

١ - التجريد الصحيح لأحاديث الجامع الصحيح للحسين بن المبارك الزبيدي وهو مختصر للزبيدي ، وهو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد المعروف بالزبيدي ، طبع صبيح وأولاده .

٢ ـ الجامع الصحيح للإمام البخارى ، وهو الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد ابن أبى الحسن إسماعيل البخارى طبع مطابع الشعب .
٣ ـ الموطأ للإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامر الأصبحى المدنى إمام دار الهجرة ، طبع الحلبى وأولاده .
٤ ـ الفتح الكبير فى ضم الزياده إلى الجامع الصغير ، وهما للجلال السيوطى وهو جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى الشافعى ، وقد مزجهما فاحسن ترتيبهما الشيخ يوسف الشهابى ، طبع دار الكتب .
٥ ـ بلوغ المرام من أدلة الأحكام وهو مختصر لابن حجر العسقلانى طبع الحلبى .
٦ ـ السراج المنير شرح الجامع الصغير فى حديث البشير النذير للشيخ على ابن الشيخ الشهير بالعزيزى طبع حجر .
٧ ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للعلامة محمد ابن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعانى ، طبع الحلبى وأولاده .
٨ ـ صحيح مسلم الإمام مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى طبع الحلبى
٩ ـ نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار للشوكانى وهو العلامة محمد ابن على بن عبدالله المعروف بالشوكانى طبع الحلبى .
١٠ ـ تيسير الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول للعلامة عبد الرحمن الشيبانى طبع الحلبى .
١١ ـ أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، أبو الفتح محمد بن على القشيرى المعروف بابن دقيق العيد ، طبع السنة المحمدية .
١٢ ـ جامع الترمذى مع شرح تحفة الأحوذى للعلامة عبد الرحمن المباركفورى طبعة حجرية .
١٣ ـ سنن ابن ماجه : الإمام الحافظ أبى عبدالله محمد بن يزيد القزوينى ، الطبعة الأولى المطبعة التازية ،

ثالثاً : أصول الفقه .

١ ـ كشف الأسرار على أصول البزدوى لعبد العزيز بن أحمد البخارى طبع الاستانة .

٢ — أنوار البروق فى أنوار البروق لأحمد بن إدريس عبد الرحمن المالكى المعروف بالقرافى وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية ، طبع دار إحياء الكتب العربية .

٣ — إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن على الشوكانى طبع دار الفكر بيروت

٤ — حاشية المنار لابن ملك ، وهو عز الدين عبد اللطيف ابن عبد العزيز ابن الملك على متن المنار فى أصول الفقه لأبى بركات عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفى طبع دار سعادت ١٣١٥ .

٥ — فصول البدائع فى أصول الشرائع للفنارى ، وهو شمس الدين محمد ابن محمد الرومى الحنفى المعروف بالفنارى ، طبع الاستانة ،

٦ — شرح تنقيح الفصول فى الأصول للقرافى طبع المطبعة الخيرية .

٧ — جمع الجوامع تأليف قاضى القضاة تاج الدين أبى نصر عبد الوهاب المشهور بالسبكى المطبعة العالمية .

٨ — تيسير التحرير لابن بادشاه ، طبع الحلبى .

٩ — تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد بن عبد الرحمن المحلاوى طبع البابى الحلبى .

١٠ — الموافقات فى أصول الأحكام لأبى إسحاق الشاطبى ، المطبعة السلفية

١١ — الرسالة للإمام الشافعى ، طبع الحلبى .

١٢ المستصفى : لأبى حامد الغزالى ، طبع القاهرة ،

١٣ — التقرير والتحبير شرح التحرير لابن أمير الحاج .

١٤ — الأحكام فى أصول الاحكام لابن حزم ، مطبعة السعادة .

رابعاً : الفقه وقواعده .

(ا) الفقه الحنفى :

١ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لأبى بكر بن مسعود الكاسانى المطبعة الجمالية .

٢ — تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى ومعه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد بن يونس الشلبى الطبعة الأولى .

٣ — تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى وهى أصل بدائع الصنائع تحقيق د. زكى عبد البر الطبعة الأولى مطبعة دمشق .

٤ — البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم . طبع دار الكتب .

٥ — الأشباه والنظائر لابن نجيم . وهو زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفى المصرى .

٦ — جامع الفصولين . لمحمد بن إسرائيل الروى المشهور بقاضى سماونة . المطبعة الخيرية بولاق .

٧ — الدر المختار شرح تنوير الأبصار . لمحمد بن على بن محمد الحصكفى مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين الطبعة الثالثة .

٨ — رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار . لمحمد أمين المشهور بابن عابدين المطبعة الأميرية .

٩ — شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد المحاسنى . مطبعة دمشق .

١٠ — الفتاوى الخانية : لقاضى خان الحسن بن منصور بهامش الفتاوى

١١ — معين الحكام ـ للطرابلسى . المطبعة الميمنية ١٣١٠ .

١٢ — المبسوط ـ لأبى بكر محمد بن أحمد السرخسى مطبعة السعادة .

١٣ — الهداية شرح بداية المبتدى — لبرهان الدين المرغينانى المطبعة التجارية .

(ب) كتب الفقه المالكى :

١ — تهذيب الفروق والقواعد السنية : لمحمد على حسين بهامش الفروق طبع إحياء الكتب العربية .

٢ - تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين بن فرحون المطبعة البهية .

٣ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد بن أحمد الشهير بابن رشد القرطبي . طبع صبيح .

٤ - بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد بن محمد الصاوى . وهى حاشية على الشرح الصغير للدردير طبع دار المعارف .

٥ - التاج والإكليل لمختصر الخليل : لأبى عبد الله محمد بن يوسف العبدرى الشهير بالمواق هى على هامش مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - للحطاب - مطبعة السعادة .

٦ - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير . لمحمد بن عرفة الدسوقى وبهامشها الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير . المطبعة التجارية .

٧ - الشرح الصغير على أقرب المسالك : لأبى البركات سيدى أحمد بن محمد ابن أحمد الدردير دار المعارف .

٨ - القوانين الفقهية : لمحمد بن أحمد بن جزى الغرناطى . دار العلم للملايين بيروت .

٩ - منح الجليل شرح مختصر خليل . لمحمد عليش المطبعة الأميرية .

١٠ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل . لأبى عبد الله محمد بن محمد المعروف بالحطاب . مطبعة السعادة .

(جـ) كتب الفقه الشافعى :

١ - الأشباه والنظائر فى قواعد فروع فقه الشافعية لجلال الدين السيوطى . طبع الحلبي .

٢ - أسنى المطالب شرح روض الطالب لأبى يحيى زكريا الأنصارى المطبعة اليمنية .

٣ — إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لأبي بكر المشهور بالسيد البكرى .

٤ — الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعى دار الطباعة الخيرية .

٥ — حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم على متن الشيخ أبي شجاع للشيخ إبراهيم الباجورى . المطبعة الازهرية .

٦ — حاشية البيجرى على شرح منهج الطلاب لسليمان البيجرى المطبعة الأميرية .

٧ — مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد الشربينى الخطيب . الحلبى .

٨ — المجموع شرح المهذب : للشيخ محيى الدين أبي زكريا بن شرف النووى .

٩ — المهذب : لأبي اسحق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى . الحلبى .

١٠ — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : لمحمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملى الشهير بالشافعى الصغير .

١١ — الفتاوى الفقهية الكبرى . لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمى مطبعة عبد الحميد حنفى القاهرة .

(د) كتب الفقه الحنبلى :

١ — المغنى : لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى . مطبعة المنار .

٢ — منتهى الإرادات : لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى الشهير بابن النجار . دار العروبة .

٣ — المحرر فى الفقه : لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية مطبعة السنة المحمدية .

٤ — كشاف القناع عن متن الإقناع . لمنصور بن إدريس البهوتي مطبعة أنصار السنة المحمدية .

٥ — الفتاوى الكبرى : لتقى الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية .

٦ — الشرح الكبير : لشهاب الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمرو محمد بن أحمد بن أبي عمرو بن أحمد بن قدامة المقدسي على متن المقنع مطبعة المنار .

٧ — إعلام الموقعين عن رب العالمين : لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية . مطبعة السعادة .

(هـ) كتب الظاهرية :

١ — المحلى لأبي محمد على بن أحمد بن حزم المطبعة المنيرية .

٢ مراتب الإجماع لابن حزم .

فقه الشيعة :

(و) كتب الزيدية :

١ — البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى مطبعة أنصار السنة المحمدية .

٢ — الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير . لشرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين اليمنى الصنعانى مطبعة السعادة .

٣ — المنتزع المختار من الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار لأبي الحسن عبد الله بن مفتاح . مطبعة المعارف بمصر وهذه الكتب بموسوعة ناصر للفقه الإسلامي .

كتب فقه الشيعة الإمامية :

١ - جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام . لمحمد حسن بن محمد باقر النخعى طبع حجر (موسوعة ناصر للفقه) .

٢ - الخلاف فى الفقه لأبى جعفر محمد بن الحسن بن على الطوسى طبع طهران .

٣ - شرائع الاسلام - لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى طبع حجر .

٤ - المختصر النافع فى فقه الإمامية . لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن . طبع وزارة الأوقاف المصرية .

٥ - مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة : تصنيف محمد الجواد بن محمد الحسينى العاملى مطبعة الفيحاء ودمشق وهذه الكتب موجودة بموسوعة ناصر .

كتب فقه الإباضية :

١ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل : لمحمد بن يوسف أطفيش . موجود بموسوعة ناصر للفقه الإسلامى .

خامسا كتب اللغة :

١ - أساس البلاغة الإمام أبى القاسم محمود بن عمر الزمخشرى دار الكتب المصرية .

٢ - تاج العروس شرح القاموس : محمد بن محمد مرتضى الزبيدى طبع بنغازى .

٣ - الدر النثير تلخيص نهاية ابن الأثير لجلال الدين السيوطى المطبعة الخيرية .

٤ - القاموس المحيط : لأبى طاهر محمد بن يعقوب الشيرازى المطبعة الحسينية .

٥ — لسان العرب : أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور طبع بيروت .

٦ — المصباح المنير : لأحمد بن محمد بن علي المقرى الفيومى المطبعة الأميرية .

٧ — مختار الصحاح : لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازى طبع الأميرية .

٨ — النهاية فى غريب الحديث والأثر : لأبى السعادات الجزرى المعروف بابن الأثير . المطبعة الخيرية .

الرسائل والمجلات العلمية :

١ — أفعال الرسول ودلالتها على الأحكام للدكتور . الأشقر وهى رسالة مخطوطة بكلية الشريعة .

٢ — بحث فى الإجماع وهى رسالة دكتوراة للعالم الدكتور محمد محمود فرغلى وهى مطبوعة .

٣ — بحث فى مسئولية الوديع للزميل الدكتور أحمد طه عطية وهى رسالة مخطوطة بكلية الشريعة .

٤ — بحث فى مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله وهى رسالة دكتوراة مخطوطة بكلية الشريعة وقد اشتركت فى مناقشتها .

٥ — بحث فى تحقيق كتاب الجامع الصغير للقاضى لأبى يعلى الحنبلى وهو مخطوط بكلية الشريعة وقد اشتركت فى مناقشته .

٦ — رسالة العرف والعادة للعلامة الشيخ أحمد أبو سنة طبع ١٩٤٧ مطبعة الأزهر .

٧ — شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسبى مطبعة دمشق .

٨ — الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للعلامة أستاذنا محمد سلام مدكور .

٩ — الإجماع . بحث للشيخ الدكتور على حسن عبد القادر وهو مطبوع .

١٠ — التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى وهى رسالة دكتوراة للدكتور محمد سوار طبع دار الفكر العربى .

الفهرس

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

رقم الايداع ٤١٣٥ / ١٩٨٤
الترقيم الدولى ٣ — ٠١١٨ — ١٠ — ٩٧٧